

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO
ESCOLA DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**

TARINE GUIMA GONÇALVES

**SOBRE UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO AO ABORTO REFLETIDO NAS DECISÕES
“ADPF 54” E “HC 124.306” DO STF**

**GUARULHOS
2019**

TARINE GUIMA GONÇALVES

**SOBRE UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO AO ABORTO REFLETIDO NAS DECISÕES
“ADPF 54” E “HC 124.306” DO STF**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Sociais
Universidade Federal de São Paulo
Área de concentração: Teoria Política
Orientação: Prof^a. Dr^a. Ingrid Cyfer

**GUARULHOS
2019**

Na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei de direitos autorais nº 9610/98, autorizo a publicação livre e gratuita desse trabalho no Repositório Institucional da UNIFESP ou em outro meio eletrônico da instituição, sem qualquer ressarcimento dos direitos autorais para leitura, impressão e/ou download em meio eletrônico para fins de divulgação intelectual, desde que citada a fonte.

GONÇALVES, Tarine Guima. Sobre uma concepção de justiça no Estado democrático de direito brasileiro: o direito ao aborto refletido nas decisões "ADPF 54" e "HC 124.306" DO STF. Guarulhos, 2019.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Sociais)– Universidade Federal de São Paulo, Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2019.
Orientação: Prof^a. Dr^a. Ingrid Cyfer.

Título em inglês: On a conception of justice in the brazilian democratic Rule of Law: the abortion right reflected on STF decisions "ADPF 54" and "HC 124.306"

1. Direito ao aborto. 2. Justiça. 3. Gênero.

TARINE GUIMA GONÇALVES
SOBRE UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO AO ABORTO REFLETIDO NAS DECISÕES
"ADPF 54" E "HC 124.306" DO STF

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Sociais
Universidade Federal de São Paulo
Área de concentração: Teoria Política

Aprovação: ____/____/____

Prof.^a. Dr.^a. Ingrid Cyfer
Universidade Federal de São Paulo

Prof. Dr. Rúrion Soares Melo
Universidade de São Paulo

A Shosum Guima,

E nossa ligação de alma, meu maior modelo
inspirador.

A Olga Honório Gonçalves,

Por tamanhas força, amor e admiração.

A Marcella Larussa Costa,

Amiga com a qual compartilhei o início do
afeto à Ciência Política, e muito mais.

Saudades infinitas e além-céus.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família. Aos meus pais, Monica e José, pela vida e pelo amor incondicional, sem os quais eu não seria nada. Ao meu irmão André, pela companhia de uma vida toda. Aos meus avós, tias e tios, que fizeram parte de toda a construção do meu presente. Não menos importante, aos meus gatos, Woody, Jimmy, Nina e Neil – fontes de energia e carinho em todos os momentos.

A Vina, por todo o suporte dos últimos anos. Aos meus amigos da vida pré-Unifesp, Thaynan, Giulia, Guilherme e Daniel, por sempre estarem ao meu lado. Aos amigos unifespianos, os historiadores Gabriela e Guilherme, por trilharem junto comigo os árduos porém ainda bonitos anos nesta instituição e além. Aos demais amigos e colegas, sobretudo das turmas de 2014, pela parceria e cumplicidade.

Aos professores que fizeram parte de minha formação até aqui, sobretudo à minha orientadora, Ingrid Cyfer, por me abrir as portas à teoria política feminista, com sua disciplina em 2016, desencadeando uma paixão que creio ser vitalícia, além de todo o conhecimento compartilhado. Ao grupo de estudos Seminários em Desigualdades e Injustiças (DesJus – CEBRAP) e os membros colegas, pelo acolhimento nesses últimos anos, propiciando alguns dos melhores momentos da experiência acadêmica e contribuindo com meu desenvolvimento nesse âmbito.

Imprescindível, agradeço à FAPESP pelo financiamento da pesquisa de que se origina esta monografia, com a bolsa de Iniciação Científica.

(...) de qualquer luta ou descanso, me
levantarei forte e bela como um cavalo novo.

Clarice Lispector
em *Perto do coração selvagem* (1943)

RESUMO

Qual é a justiça do Estado democrático de direito brasileiro? - é a questão que, sumariamente, norteia este projeto, o qual se propõe a respondê-la analisando o caso do direito ao aborto no país. Aqui, tal caso é representado por duas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF): a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (2012), e o Habeas corpus n. 124.306 (2016), ante ao que se encontra disposto na legislação do Código Penal, que considera a prática do aborto como crime. Tratando-se de um estudo teórico-político, essas decisões serão analisadas conforme os votos nos Acórdãos, colocados à luz de conceitos e fundamentações de autores da Teoria Crítica, como Jürgen Habermas, Nancy Fraser e Jean Cohen. As questões mobilizadas são, em síntese, a autonomia da mulher enquanto sujeito político e social; a ressignificação da dicotomia entre esfera pública e privada nesse debate; e concepções de justiça, democracia e direito.

Palavras-chave: Direito ao aborto. Justiça. Gênero.

ABSTRACT

What is the existing justice in the Brazilian democratic Rule of Law? - it's the question that summarily guides this project, which proposes answering it by analyzing the case of abortion right in the country. Here, this case is represented by two judicial decisions from the Supreme Federal Court (STF): the Fundamental precept non-compliance arguing n. 54 (2012) and Habeas corpus n. 124.306 (2016), in front of what is given within the Penal Code legislation, which considers the abortion practice a crime. Considering it's a political-theoretic study, these decisions will be analyzed according to its documented votes, put in light to the fundaments and concepts from Critical Theory authors, such as Jürgen Habermas, Nancy Fraser and Jean Cohen. The mobilized issues will be, in synthesis, women's autonomy as a social and political agent; the reconstruction of the public/private spheres dichotomy; and conceptions on justice, democracy and law.

Keywords: Abortion right. Justice. Gender.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
i. O caso estudado	1
ii. O referencial teórico	4
SEÇÃO I – Argumentação teórica: a construção da concepção de justiça.....	8
1. A teoria habermasiana como ponto de partida.....	8
1.1 A teoria da ação comunicativa em Direito e Democracia.....	10
1.2 Por uma concepção co-originária de autonomia	21
2. A crítica feminista a Habermas	24
2.1 Jean Cohen	24
2.2 Nancy Fraser	28
3. Reconhecimento e Privacidade em interlocução	32
3.1 Fraser e o conceito amplo de justiça	33
3.2 Cohen e a autonomia decisória	36
SEÇÃO II – Análise das decisões judiciais sobre o direito ao aborto no Brasil	40
4. Das decisões judiciais e da Corte Constitucional	40
4.1 ADPF 54	40
4.1.1 Dos votos em concordância ao descumprimento.....	41
4.1.2 Dos votos em discordância ao descumprimento.....	44
4.2 HC 124.306	46
5. Considerações finais: o entrelaçamento teórico	48
5.1 Habermas, facticidade, validade e a legitimidade da Corte Constitucional	48
5.2 Cohen e a intimidade institucionalmente assegurada.....	49
5.3 Fraser, paridade de participação e justiça: uma conclusão?.....	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

i. O caso estudado

A liberdade reprodutiva é fundamental também porque envolve o cerne da identidade de uma mulher – estão em jogo sua corporificação, seus processos de autoformação, seus projetos de vida e sua compreensão sobre si própria. Todos os indivíduos necessitam de algum sentimento de controle sobre seus corpos, sobre suas autodefinições, sobre a síntese autocriativa que só o indivíduo pode produzir a partir de suas várias localizações, experiências passadas e projetos futuros. (COHEN, 2012, p. 198)

Começamos pela reflexão que traz tal citação para suscitar o que este trabalho propõe. Debruçamo-nos aqui, de forma geral, em pensar e discutir uma concepção de *justiça*, no âmbito do Estado democrático de direito brasileiro¹ e da Teoria Política (especificamente, nos moldes da Teoria Crítica), tendo como pano de fundo a questão do direito ao aborto no Brasil contemporâneo, dentro da legislação – que está disposta e em vigor – no Código Penal (CP) atual, em lei sobre o assunto. Mais especificamente, tendo em vista o fato de que o Estado brasileiro (oficialmente) trata a prática do aborto somente enquanto penal e criminosa, a pesquisa pretende se ater a duas decisões judiciais específicas que “negam” essa legislação, nos devidos casos: primeiro, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF (ADPF 54), de 2012, que isenta de penalidade mulheres e médicos que abortem fetos anencéfalos, ligeiramente alterando o disposto nos artigos 124, 126 e 128 do CP. E, segundo, o *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ (HC 124.306), de 2016, que considerou indevido o mandado de prisão preventiva de mulher e médico que realizaram aborto – argumentando não só pela não necessidade da prisão, mas também no mérito de questionar a viabilidade de o aborto feito durante o primeiro trimestre de gravidez ser crime.

Ambos os casos foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional e mais alta instância do Poder Judiciário do país – principal característica comum que determina a escolha e recorte dos casos citados para a análise. A ADPF 54, por sua vez, possui o caráter extraordinário de, mesmo que parcialmente, intervir a nível de constitucionalidade no que está disposto no CP sobre o aborto. E, também, caracteriza *a única mudança direta* no disposto pela lei penal sobre o aborto, desde 1940 – ano em que deixou-se a proibição irrestrita para descriminalizar os casos de aborto de gravidez com risco de vida à gestante e oriunda de estupro (incisos I e II do art. 128). Há, então, um abismo de 72 anos (1940-

¹ A exemplo do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que diz que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. A soberania; II. A cidadania; III. A dignidade da pessoa humana; IV. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. O pluralismo político.”

2012) entre uma alteração e outra – fato que demonstra, nessas últimas décadas, indicativos positivos para a pauta da descriminalização, no sentido de concretamente haver ação institucional dos poderes Estatais, que possa influenciar e modificar a lei penal em vigor. Depois, o HC 124.306 que, diferentemente da ADPF, é uma decisão sobre um caso individual e que não inflige em intervenção direta na legislação do CP, mas tem sua relevância por ser o primeiro litígio sobre aborto que sobe à última instância, num tribunal constitucional (STF), cuja decisão constata equívoco em penalizá-lo. E, principalmente, tal decisão se destaca pelo conteúdo argumentado nos votos, que incide e faz menção, quase explicitamente, à possível inconstitucionalidade da criminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gravidez, sem quaisquer restrições, centrando argumentos em questões como a autonomia da mulher enquanto sujeito e sua dignidade humana em poder decidir.

Tais características, então, são as que delimitam e determinam a escolha dessas decisões como objeto de análise nesta pesquisa. Pela razão de serem movimentações de alta relevância e onde *mais perto* chegou-se no que tange à possibilidade de se modificar a legislação vigente, fortemente motivadas pelo debate público das últimas décadas, sobretudo nos últimos anos. Para elucidar a relevância, importância e emergência deste tema dentro do cenário atual – tanto social e político, quanto científico e teórico –, apresento a seguir breve descrição do contexto em que o assunto e o objeto se encontram na história, sobretudo brasileira, com suas problemáticas e questões, já que a proposta de análise teórica se vê diretamente relacionada ao contexto social e político da época. E, tomando o cenário judicial apresentado como um exemplo, é possível identificar uma variedade de questões e problemáticas, que fazem menção à agenda e reivindicações movimento feminista², assim como no âmbito da filosofia e teoria política contemporânea, em que concepções de justiça, direitos, autonomia e reconhecimento estão em debate.

O movimento feminista, de modo geral, concretiza o caminho a tais questões a partir da década de 1960, na chamada 2ª Onda feminista, sobretudo na América do Norte e Europa. Nesse momento é que se despertam reivindicações identitárias, de autonomia e reconhecimento³. Feministas da 2ª Onda notam que a igualdade jurídica formal não transforma as desigualdades estruturais construídas e perpetuadas no âmbito doméstico e individual. Assim, surge o slogan

² O movimento feminista possui diferentes ramificações e pautas ideológicas diversas para cada uma (a exemplo do feminismo de classe, de raça ou até liberal). Porém, a luta pela autonomia feminina e o direito para decidir sobre seus próprios corpos (e ao direito ao aborto) é um objetivo comum, de forma geral, para o movimento num todo – mas que, ainda assim, pode variar.

³ FRASER, 2007.

“O pessoal é político” – com objetivo de desconstruir a dicotomia entre *público* e *privado*, concebida por concepções do liberalismo político⁴, e ressignificar a relação entre tais esferas. Logo, argumenta-se que circunstâncias e eventos pessoais são politicamente estruturados: leis que criminalizam o aborto ou a legislação do estupro, que não tipifica o caso marital. Estas, como muitas outras, regulam a autonomia da mulher nos espaços público e privado, mantendo a subordinação feminina institucionalmente⁵.

No caso brasileiro, a pauta sobre a descriminalização do aborto pelo movimento feminista configura um objeto em movimento constante, que se inflige de forma direta sobre os indivíduos e sujeitos a quem se remete e a quem regula (em âmbito da legislação, sobretudo a que diz respeito às mulheres), que também incide sobre a autonomia e direito de decidir. Tudo isso, frente a um contexto histórico em que os indivíduos diretamente afetados (mulheres e movimento feminista) pela legislação do CP ainda não têm em suas conquistas alteração constitucional e legislativa direta sobre o tema⁶, que altere concretamente o que está disposto na lei. Porém, um debate robusto vem se movimentando ao longo dos anos, tendo em principal interlocução o movimento feminista, a favor da legalização e garantia do direito ao aborto; e do outro lado, movimentos religiosos, das igrejas católica e evangélica, em tentativa de restringi-lo por completo, anulando qualquer caso permitido, como descrito por Santos⁷, que mapeia e analisa etapas do debate parlamentar brasileiro nessa questão. Será importante visar a recente “segunda fase” da última etapa descrita:

A segunda etapa é caracterizada como de transição e há uma intensificação do debate. Está situada na década de 1980, tendo como contexto a transição política e democrática e a Assembleia Nacional Constituinte. [...] A primeira fase [dessa etapa] se encontra na década de 1990, com muitas iniciativas de parlamentares identificados com as ideias do movimento feminista, e algumas de parlamentares vinculados à religião. A segunda fase vai do final da década de 1990 até os dias atuais, com um debate já consolidado no Congresso e, em oposição à fase anterior, com uma maior participação dos setores religiosos, com algumas iniciativas e protestos dos parlamentares próximos ao movimento feminista (SANTOS, 2015, p. 66).

Apesar de o assunto ainda ser tratado em termos de crime e penalidade pelo Estado, no que está oficialmente disposto na lei, algumas conquistas importantes para a visibilidade e

⁴ A exemplo do liberalismo político clássico, como concebido por John Locke, que prega pela limitação do poder Estatal em nome da liberdade individual e do direito à privacidade. Negligencia relações familiares no âmbito público e de justiça, subestimando o impacto político da estrutura de poder, da divisão de trabalho e as relações de dependência no espaço doméstico.

⁵ CYFER, 2015.

⁶ ROCHA, 2006 apud SANTOS, 2015, p. 69.

⁷ SANTOS, 2015.

emergência do debate têm sido adquiridas pelo movimento feminista, abordando pontos úteis à descriminalização do aborto e garantia do direito, sobretudo no que diz respeito em conseguir a atenção e participação do Estado sobre o assunto. Como exemplo disso, cabe citar uma Norma Técnica (NT) do Ministério da Saúde, referente à “Atenção Humanizada ao Abortamento”, que aponta o aborto como consequência de falta de planejamento reprodutivo e outras formas de abuso que a mulher pode ter sofrido para engravidar sem que desejasse, direcionada a profissionais da saúde, com recomendações àqueles que tratam de mulheres em situação de abortamento, solicitando que as tratem com dignidade, respeito e atenção, “independentemente dos seus preceitos morais e religiosos”. Além de outras informações técnicas e jurídicas, a norma diz ser “o reconhecimento do Governo brasileiro de que o aborto realizado em condições inseguras é uma causa relevante de morte materna [...]”⁸.

Apesar da relevância dos argumentos apresentados, avanços no debate público e por parte do Estado, como a NT citada, ainda que de suma importância e necessários para impulsionar movimentações políticas, não são garantias suficientes em relação à efetiva descriminalização do aborto e asseguramento concreto do direito. Mesmo em um contexto democrático, como o atual, é possível visualizar a insuficiência da redemocratização brasileira frente à questão do aborto. Ainda conforme o trabalho de Santos, é mencionada a análise de Isabel B. Rocha, que avalia se houve avanços sobre a questão a partir da redemocratização: um avanço visível é, sim, a ampliação do debate público e a visibilidade do tema, agregando participação de atores políticos e sociais relevantes. Porém, ainda, não há grande alteração direta dentro do que realmente *tipifica* nos termos da lei a prática do aborto no país. Assim, é possível concluir que “a democracia formal foi necessária para as mudanças parciais nesse tema, mas não foi suficiente para transformações mais profundas, que deverão estar associadas ao conteúdo dessa democracia [...]”⁹.

ii. O referencial teórico

O método utilizado é a análise teórica, utilizando-se de obras de autores advindos da Teoria Crítica (TC). A análise teórico-crítica varia de acordo com cada trabalho específico e, por isso, é considerada um campo teórico apenas de princípios fundadores comuns, não como uma “escola de pensamento” propriamente dita, em que há alguma doutrina específica que vise resultado unânime. Há modelos diversos de TC, autores cujas obras divergem entre si e,

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005 *apud* SANTOS, 2015, p. 68.

⁹ ROCHA, 2006, p. 374 *apud* SANTOS, 2015, p. 70.

además, a própria concepção do que é TC segue mutável e se reformula em cada geração e produção específica¹⁰. De modo geral, é iniciada por Max Horkheimer: no contexto de “inauguração”, entende-se por TC toda teoria que utilizasse a obra de Marx como fundamento – casos em que *teoria* e *prática* fossem complementares e não dissociadas, críticas às implicações do sistema capitalista, visando a emancipação das opressões por ele causadas, em prol de uma sociedade justa e livre, assim nomeada por Horkheimer em *Teoria Tradicional e Teoria Crítica* (1937). O horizonte comum dentre os autores da 1ª geração é identificar obstáculos à emancipação, dentro do contexto histórico presente, e caminhos possíveis a ela, no mesmo contexto. Tais análises resultam em diagnósticos sobre como “é” a realidade social em determinado momento, e prognósticos de como ela “deve/pode ser”, culminando sua parte *prática*. A teoria “tradicional” se distingue do modelo crítico pois se mantém distante da dimensão prática do contexto presente e neutra às condições político-sociais imperantes. Nisso, os potenciais emancipatórios estavam na queda do regime nazista e, após o término, frente ao “capitalismo administrado” no pós-guerra, Horkheimer e Adorno¹¹ já não viam potenciais emancipatórios da mesma forma do contexto anterior – focando agora em questões da racionalidade humana, sob o viés da “racionalidade instrumental” que o novo contexto trazia. Porém, tal mudança dá margem para, mais tarde, o surgimento da 2ª geração da TC, em que se destaca Habermas, com a “virada intersubjetiva”, que coloca a *ação comunicativa* como alternativa de emancipação à racionalidade instrumental, resgatando os princípios que Horkheimer e Adorno “deixaram”, como diz Nobre:

Habermas não conclui daí que as oportunidades para a emancipação tenham sido estruturalmente bloqueadas, mas sim que é necessário repensar o próprio sentido de emancipação da sociedade tal como originalmente formulado por Marx e também por Horkheimer em “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”. Nesse sentido trata-se, para Habermas, de constatar que, para enfrentar as tarefas clássicas da própria Teoria Crítica, é preciso hoje ampliar seus temas e encontrar um novo paradigma explicativo. (NOBRE, 2008, p. 54)

Assim, a abordagem de Habermas será crucial na pesquisa, também pela viabilização de uma *teoria democrática*, e é *horizonte* às autoras da 3ª geração da TC que utilizarei também como principais referências: Fraser e Cohen, que se embasam na teoria habermasiana, não dissociando questões da esfera privada à esfera pública, sobretudo em *autonomia* – o que se torna essencial para pensar problemáticas de gênero que, até então, seriam descartadas da discussão política por “pertencerem” ao âmbito privado. Elas, então, aperfeiçoam a estrutura

¹⁰ A *Teoria Crítica* (2008), de Marcos Nobre, ilustra nessa seção, em parâmetros gerais, o que é e tem sido esse campo teórico em que esta pesquisa se baseia.

¹¹ Em *Dialética do Esclarecimento*, 1947.

teórica de Habermas a uma perspectiva de princípios feministas, considerando contextos e questões específicos sobre a mulher, enquanto sujeito político-social meio à dominação masculina, em todas as esferas da sociedade – o que veremos com mais profundidade nos próximos capítulos.

* * *

Tendo em vista tais contextualizações, tanto práticas quanto teóricas, mostremos agora o percurso a ser tomado ao longo deste trabalho, que é dividido em duas seções: I. a da argumentação teórica rumo à construção de uma concepção de justiça; e II. a análise da dimensão prática do caso proposto como objeto. Nisso, o primeiro capítulo se encarrega de trazer parâmetros gerais da teoria de Jürgen Habermas, sobretudo no que concerne os três primeiros capítulos de *Direito e Democracia*¹², no sentido de demonstrar sua significância teórica para a devida continuidade de projetos como o seu pelas autoras-chave do trabalho, Nancy Fraser e Jean Cohen, como solo fundador que permite empreendimentos como a análise pretendida aqui. Ainda mirando a obra habermasiana, no segundo capítulo partimos para um olhar à crítica feminista, de ambas as autoras citadas, que contribuíram para as transformações na obra de 1992, bem como em vias de melhor compreender os objetivos dos projetos teóricos das autoras e sua continuidade.

Distanciando-nos da obra habermasiana em si, durante o terceiro capítulo buscamos nas autoras aqui trabalhadas pontos cruciais em suas obras para viabilizar a posterior análise e suscitar o debate e a argumentação necessários. Esse capítulo possui o cerne do que há de mais importante neste trabalho: as teorias que irão compor o argumento defendido pelo trabalho, de modo geral. Isto é, os dois anteriores são capítulos contextualizadores e de abertura, enquanto o terceiro é que se encarrega de trazer “respostas”, por assim dizer. Nele, exploraremos a crucial teoria do reconhecimento de Fraser, que compõe a concepção de justiça a que pretendemos nos alinhar; juntamente com o debate sobre privacidade trazido por Cohen, por meio da discussão sobre a autonomia decisória assegurada por direitos, que é o mote em defesa do direito ao aborto, tema vislumbrado pelo trabalho em seu todo.

Após tal peça chave para a construção do argumento da pesquisa, já na seção II, é que partimos para a análise do objeto: o capítulo quatro apresenta e reconstrói as decisões judiciais

¹² A edição da obra utilizada neste trabalho é a de língua inglesa, de 1996, intitulada *Between facts and norms*. Porém, no corpo do texto, indicamos como *Direito e Democracia*, em alusão à primeira versão brasileira, de 1997; mas considerando sua data oficial de lançamento em alemão, datada de 1992.

aqui designadas para análise, por via da releitura dos votos dos ministros de cada caso. Ao fim, o quinto capítulo traz as conclusões e considerações finais da pesquisa, realizando o entrelaçamento entre teoria e objeto, alinhando o conteúdo das decisões à discussão teórica prévia.

SEÇÃO I – Argumentação teórica: a construção da concepção de justiça

CAPÍTULO 1. A TEORIA HABERMASIANA COMO PONTO DE PARTIDA

A pesquisa tem como solo fundamentador e ponto de partida a teoria habermasiana, conforme mencionado, para que se chegue às autoras que permitem a análise do caso do direito ao aborto, conforme suas concepções de justiça. Nesse sentido, é importante perpassar a teoria habermasiana em vias de melhor compreender a origem dos argumentos que virão nos próximos capítulos, isto é, o corpo teórico que, epistemologicamente, dá forma às teorias subsequentes.

Sendo assim, aqui permitimo-nos o “salto” à teoria de Habermas em Direito e Democracia, em que vê-se o grande potencial teórico e analítico às questões de direito, sobretudo aquelas que envolvem a quebra de paradigma entre as clássicas dicotomias público/privado, como a questão do direito ao aborto. Isto é, a essa altura de sua teoria, Habermas permite um quadro teórico que se adequa a questões de delimitações público/privado complexas, como a do direito ao aborto, já que propõe uma reestruturação da originariedade das autonomias jurídicas postas em cada âmbito distinto. É esse ponto específico no livro, das autonomias, que é de suma importância para a execução do trabalho aqui proposto. Portanto, o foco em Habermas se retém à co-originariedade das autonomias público e privada, como veremos adiante.

Antes, é importante apresentar um panorama do que seria a teoria da ação comunicativa, concebida antes do livro que será discutido. De modo geral, em Teoria da ação comunicativa (1981), Habermas estrutura seu olhar às sociedades capitalistas modernas, dotadas por potenciais de conflito e dissenso¹³. Nesse âmbito da reprodução da vida, sobretudo material, as ações sociais se dividem em dois tipos: a ação instrumental e a ação comunicativa. A primeira, considera o mundo e atores sociais como objetos e meios de aquisição de fins específicos e estratégicos, neutralizando as possibilidades de manifestação de opinião, dissenso e conflito. Porém, esses conflitos ainda podem escapar, manifestando-se com frequência, cabendo a discussão racional livre, em que as regras são definidas pelos próprios concernidos, a fim de chegar intersubjetivamente a um consenso. Ou seja, o objetivo não é o êxito de interesses estratégicos, porém o entendimento entre os participantes da discussão nesses casos. Esses dois tipos de ação são designados a um domínio específico da vida social, majoritariamente: a ação instrumental, ao “sistema”, em que predominam a lógica do mercado e do poder administrativo do Estado; e a comunicativa, ao chamado “mundo da vida”, das questões cotidianas, por assim

¹³ NOBRE; TERRA, Introdução, 2008.

dizer. Nas sociedades modernas, *ambos os domínios seriam autônomos um ao outro*, desacoplados, desembocando em embates e conflitos entre suas lógicas distintas. É o que Habermas chama da colonização do mundo da vida pelo sistema, já que a lógica deste último retém predominância. Nisso, a colonização ocorre na medida em que a lógica instrumental interfere significativamente nos meandros da lógica comunicativa, dentro do mundo da vida, fazendo este submeter-se à dinâmica do sistema.

No entanto, essas interferências podem também encontrar resistências internas do mundo da vida, voltando a própria lógica instrumental contra o sistema. Isto é, a caminho da emancipação de um domínio ao outro. Porém, o próprio uso da razão instrumental não é suficiente para as vias da emancipação, fazendo-se necessária a própria razão comunicativa como mote de ação que adentre a estrutura sistêmica, em suas vias institucionais e de tomada de decisão política, sem que se afete a lógica instrumental, na medida em que permite o que é necessário da reprodução material da vida. Essa via de “descolonização” do mundo da vida virá, então, em *Direito e Democracia*, de 1992, em que Habermas permite que sua teoria do agir comunicativo tenha influxos comunicativos que transitem entre mundo da vida e sistema, entre público e privado.

Num parâmetro geral, Habermas inicia *Direito e Democracia* incitando as questões mais epistemológicas, durante o prefácio, de se refletir concepções de direito. Mais especificamente, sobre como a filosofia legal migrou para escolas de direito, em busca de contato com a realidade social, porém recaindo nas questões da jurisprudência técnica. E, de forma geral, fala sobre o papel da filosofia na construção do conhecimento científico, denotando a demanda de uma filosofia de abordagem pluralística, que seja capaz de combinar perspectivas das teorias moral, social e legal, bem como a sociologia e história do direito: combinações estas que irão, então, desembocar em sua teoria do agir comunicativo para a execução do livro.

No que se refere aos aspectos gerais da construção do livro, até o capítulo III, os objetivos dos capítulos são: I. apontar aspectos da relação entre facticidade e validade que interagem com os parâmetros da teoria do agir comunicativo; II. sobre o vão epistemológico entre análises da sociologia do direito e filosofia da justiça, apontando falhas e ganhos de ambos; III. dentro também do quadro de uma teoria discursiva do direito, reformulando seu escopo de ética do discurso, caracterizando a relação complementar entre moralidade e direito, partindo para uma breve reconstrução da questão das autonomias. É até aí, portanto, que esta pesquisa irá debruçar-se, a fim de estabelecer um terreno teórico inicial que permita a análise proposta, segundo a compreensão das autoras subsequentes, Nancy Fraser e Jean Cohen.

Nos pontos seguintes do capítulo, portanto, faço uma reconstrução das questões mais importantes de cada capítulo de Direito e Democracia, conforme o recorte proposto aqui.

1.1 A teoria da ação comunicativa em Direito e Democracia

Habermas navega como que por dentre um rio sinuoso. Inicia-se Direito e Democracia recapitulando conceitos e métodos fundantes de sua teoria, desde razão, discurso e linguagem. Para, então, fluir nos rumos da reconstrução do agir comunicativo, isto é, em como se dá, fundamentalmente, a integração intersubjetiva da sociedade por meio de sujeitos racionais em interlocução. De modo a reger os rumos desses sistemas de comunicação, a ordem legal, estabelecida pela institucionalização dos fluxos comunicativos, os coordena de forma factível. Nisso, esse sistema de “coerção e liberdade”, assegurado pelo discurso racional, pelo dissenso e pela busca por legitimidade, é que permitirá que se afunilem as discussões acerca da validade desse mesmo sistema de regras. Ou seja, a facticidade construída pelo próprio agir comunicativo, emanada na forma de ordem legal, desemboca nas vias específicas das reivindicações por validade – processo que torna possível a reprodução social contínua.

A ver, a ideia geral do capítulo pode ser catalisada pela seguinte menção:

Dessa perspectiva, as formas de comunicação que conferem legitimidade na formação política da vontade, na legislação e na administração da justiça se demonstram como parte de um processo mais abrangedor, em que os mundos da vida das sociedades modernas são racionalizados sob a pressão de imperativos sistêmicos. Ao mesmo tempo, tal reconstrução poderia prover um padrão crítico, contra o qual as práticas verdadeiras poderiam ser valoradas – isto é, à realidade opaca e perturbadora do Estado constitucional. (HABERMAS, 1996, p. 5)¹⁴

* * *

A seguir, examinaremos esses caminhos, então, um a um, de forma específica: ao início do primeiro capítulo, Habermas resgata a discussão sobre razão prática, sendo, em seus primórdios, resultante da capacidade subjetiva e da autonomia individual. Porém, com a indagação: estaria a sociedade moderna concentrada no Estado ou no indivíduo? Nisso, menciona o surgimento da teoria social marxiana, que diz que, mediante a teoria de sistemas, o Estado burocrático e a economia capitalista perderiam conexão com a ideia de razão prática. Tais menções a esses dilemas teóricos e normativos são colocados para demonstrar que não haveria mais opções plausíveis entre a negação da razão ou um funcionalismo naturalizante de

¹⁴ Tradução livre. O mesmo vale para todas as citações seguintes dessa mesma obra.

sistemas – sendo necessário, portanto, trazer à tona sua *teoria da ação comunicativa*, substituindo a razão prática ¹⁵.

Isto é, já na base de sua discussão, é intrínseca a utilização do meio linguístico para tratar de questões morais na construção de uma teoria, já que a racionalidade do agir comunicativo está inscrita no telos linguístico de entendimento mútuo entre os indivíduos, de modo a criar condições de começos e limites nas interações. Diferentemente da razão prática clássica, o procedimento da racionalidade intersubjetiva – ou seja, comunicativa –, não pressupõe uma fonte imediata de prescrições morais sobre “deveres”. Seu conteúdo normativo há de surgir enquanto os indivíduos agem comunicativamente entre si, comprometendo-se com pressuposições de cunho contrafactual na interação social.

Este é o escopo, portanto, em que sua argumentação se guiará, dando continuidade às categorias iniciadas em *Teoria da Ação Comunicativa* (1981), retomando, especificamente nos primeiros dois capítulos, seu cerne conceitual e metodológico. Isto é, tratar-se-á das formas de vida que são linguisticamente estruturadas, concebendo a noção de facticidade, mediante a estrutura de validade moral do direito e das leis que regem a sociedade, que configuram a questão central do livro: a tensão entre facticidade e validade, direito e democracia. Para tanto, perpassa algumas características de teorias clássicas da teoria política e da teoria legal, demonstrando haver falhas e distanciamentos metodológicos da realidade social, e de ambas entre si. O ideal, para Habermas, é que ambas as disciplinas se abram para perspectivas metodológicas e objetivos teóricos diferentes, intercalando paradigmas de pesquisa e análise: visão particularista e do observador; explicação interpretativa conceitual e descrição empírica, entre outros ¹⁶.

Recapitula caminhos da filosofia prática para reconstruir, em seu cerne, a problemática de validade e facticidade, que surge junto à “virada linguística”. De modo geral, retoma-se então questões da teoria do discurso, como gramática, representações e interpretações, verdade e falsidade, etc; na compreensão de um mesmo espaço social e tempo histórico, compondo o mundo da vida. O que se visa, então, é apreender como as reivindicações por validade se constroem nas trocas intersubjetivas da ação comunicativa dentre membros de uma comunidade de intérpretes de determinadas normas.

¹⁵ HABERMAS, 1996, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 6-7.

Nisso, há a questão da linguagem *orientada* a se alcançar algum entendimento sobre reivindicações por validade, em que há planos de ação de distintos atores contidos nos discursos. O entendimento mútuo se torna, então, um mecanismo de coordenação de ação, cujo desenvolvimento desemboca na construção e manutenção das ordens sociais. Portanto, a tensão entre facticidade e validade é que constrói a dinâmica de integração dos indivíduos socializados comunicativamente. Do contrário, quando a linguagem é utilizada apenas como *meio de transmissão* de informações, as ações dos indivíduos são coordenadas tão somente pelos objetivos de influenciar-se de maneira propositiva-racional, sem pautar-se pela intersubjetividade razoável. No agir comunicativo, há *forças ilocutórias dos atos de discurso* que assumem o papel de coordenação da ação, em que a linguagem ela mesma fomenta a fonte primária de integração social, na busca de *objetivos ilocutórios*. Isto é, por meio da negociação de interpretações entre falante e ouvinte, em uma atitude performativa de interlocutor que deseja *alcançar o entendimento de outrem*¹⁷.

Para Habermas, “todo ato de discurso envolve levantar uma reivindicação por validade, que é criticável, dirigida ao reconhecimento intersubjetivo”¹⁸, localizados em um pano de fundo em que normas de padrões locais já estão “pré-estabelecidas” e potencialmente aceitas dentro da comunidade. Isto é, pressupõe-se que haja significados idênticos conferidos às expressões usadas na busca por entendimento. E, dentro desses processos comunicativos, é que se estabelece o mundo da vida, por meio da formação de consensos. Isto é:

Do início, os atos comunicativos estão localizados dentro do horizonte de crenças compartilhadas e não problemáticas; ao mesmo tempo, estão sustentadas por esses recursos do ‘sempre já familiar’. O chateamento constante de contradição e decepção, contingência e crítica na vida cotidiana se choca a uma pedra esparramada e profundamente colocada de suposições, fidelidades e habilidades de fundo. (HABERMAS, 1996, p. 22)

Nisso, coloca a questão das instituições que colocam esses conhecimentos e normas como “dados”, iniciando-se pelas instituições convencionais e arcaicas, dotadas de convicções e tabus pelas autoridades de poder, eliminando o risco de dissenso dentre as partes, de modo a estabilizar as expectativas comportamentais dos indivíduos, como nos casos das religiões. Nesses casos, não há a dimensão contrafactual em que facticidade e validade se chocam, gerando os conflitos comunicativos que constroem a ordem social. Para além da coesão social de instituições regidas por mitos e tabus, o foco da discussão chega à dimensão das sociedades modernas, em que o poder em questão é aquele imposto por humanos, e não mais por divindades

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

absolutas. Isto é, os indivíduos acatam normas, associam-se e concedem legitimidade a uma dada autoridade por meio da força de “razões plausíveis”, antes mesmo da coerção.

Quanto mais complexas as sociedades se tornam, diz Habermas, mais há a pluralização das formas de vida, junto à individualização de suas trajetórias, dividindo-se em diversos mundos da vida, não mais havendo o pano de fundo coeso das mesmas afirmações e normas. Essa nova funcionalidade permite que a ação comunicativa preencha campos mais amplos, incluso na busca dos indivíduos por seus interesses. Mas, nas sociedades modernas e democráticas, regidas pela burocracia estatal e econômica, vigoram as interações sociais *estratégicas*, em que as normas legais são impostas por meio de uma infraestrutura normativa “madura”. Nelas, há a tensão em que mesmo as certezas do mundo da vida não são suficientes para as complicações da integração social. Para tais atores sociais envolvidos nesse contexto, validade e facticidade se tornaram incompatíveis, isto é: há, de um lado, a força acopladora das crenças racionalmente motivadas e, de outro lado, a força imposta de sanções externas. A questão torna-se, então, como esses mundos da vida tão plurais e diversos serão socialmente integrados¹⁹. A solução está na própria motivação dos sujeitos em buscar o entendimento mútuo sobre a regulação normativa das interações estratégicas, embasado nas reivindicações por validade normativas reconhecidas intersubjetivamente.

Habermas coloca, portanto, como chave da questão, a solução advinda do *sistema de direitos*, dentro dos contextos de dissenso e consenso das sociedades plurais, que coloca a força coercitiva do direito alinhada às liberdades individuais de se legitimar dada ordem. Assim, diz que o cerne do direito moderno consiste do advento de direitos privados, que marcam o escopo legítimo das liberdades individuais e da busca estratégica por interesses privados²⁰. Para introduzir tal cenário, no que concerne à validade legal, resgata-se concepções clássicas de direito, como as de Hobbes e Kant, desde a noção das liberdades individuais, até a transição entre direito natural e positivo. O foco é neste último, em que o direito ao uso da coerção não está mais alocado ao indivíduo, mas torna-se uma ferramenta legítima do Estado, na medida que o próprio indivíduo a reivindica como uma *ação legal*. E, ao mesmo tempo, os direitos privados vêm para protegê-lo da “intromissão” do Estado em sua vida pessoal, liberdade e propriedade. Nisso, pauta-se pelo conceito kantiano de legalidade, em que facticidade e validade se entrelaçam, porém em momentos distintos, em dimensões objetivas e subjetivas de validade. Isto é, no sentido legal de validade, a facticidade da força do direito está atrelada à

¹⁹ *Ibidem*, p. 25-26.

²⁰ *Ibidem*, p. 27.

legitimidade de uma gênese do direito que é considerada racional pois garante, ao mesmo tempo, a liberdade²¹. Portanto, coerção e liberdade estariam alinhadas dentro da ordem legal. E a facticidade ali gerada, diz, é produzida artificialmente, ao contrário de formas de vida herdadas, colocando-se por meio de sanções legalmente definidas e impostas pela ação das cortes.

Há, então, o aspecto dual do direito, que se estabelece entre sanção e liberdade, constituindo os direitos privados e a legitimidade do direito positivo. Nisso, a ordem legal garante que os direitos de cada um sejam reconhecidos por todos, baseados em leis que se legitimem por garantir liberdades iguais a todos. Tais estatutos legais precisam estar de acordo com o processo de legislação política, para além das leis morais em si. Segundo Habermas, “o processo de legislação representa o local em que a integração social acontece pela primeira vez dentro do sistema legal”²². Assim, os sujeitos participantes desse processo necessitam assumir seu posto de cidadão, para além de sujeito privado, sendo membros de uma comunidade legal livremente associada, em que a regulação da vida social tem seus princípios normativos acordados, seja por tradição ou por meio de deliberação, de acordo com procedimentos reconhecidos normativamente²³. Mas adianta-se que a facticidade da legislação é diferente da facticidade da força do direito: a permissibilidade da coerção legal precisa estar atrelada com a legitimação das decisões legislativas – que seriam possivelmente contingentes e revisáveis. Nisso, surge um “novo tipo” de facticidade, oriunda dos imperativos funcionais das sociedades altamente complexas: a facticidade social, sem mais relação interna direta com a validade e legitimidade da ordem legal, dada a independência dos indivíduos entre si. Assim, o auto-entendimento do direito, diz Habermas, pode ser negado por fatos sociais intrusos, vindos de fora do sistema legal. Há, então, a relação *externa* entre facticidade e validade, em dois momentos: pressuposições normativas de práticas legais estabilizadas e as imposições sociais que, de fato, governam as decisões legais; sendo descritas independentemente da outra²⁴.

Entretanto, em contextos de instituições de valores e normas autoritárias, o fluxo comunicativo de razões é contido, bem como seu criticismo, impedindo que haja a tensão do dissenso e da problematização, que testam facticidade e validade e assim constroem a ordem social. Do contrário, no âmbito das sociedades modernas e democráticas, o risco de dissenso comunicativo é parte imprescindível da reprodução social: no que há grande complexidade,

²¹ *Ibidem*, p. 28.

²² *Ibidem*, p. 31.

²³ *Ibidem*, p. 32.

²⁴ *Ibidem*, p. 34.

pluralidade e neutralidade nessas sociedades, evita-se o risco de dissenso *justamente mantendo* tal risco, por via do *discurso racional permanente*. No que se refere à ordem legal, a parte factível do direito, cuja autoridade estaria posta e em vigor, não suprime ou esgota, em si, a sua validade perante os sujeitos. A reivindicação por legitimidade vem por meio de outras razões: a questão da positividade e legitimidade do direito evocam o destrinchar comunicativo, em que valores e normas estão suscetíveis à testagem crítica²⁵.

Em suma, finaliza-se o capítulo acoplando ao raciocínio construído a necessidade de *institucionalização*. Isto é, Habermas diz que membros de uma comunidade legal, dentro de um processo livre de formação de vontades e de opinião política, precisam autorizar, eles mesmos, as regras às quais estão submetidos. Tal processo de legitimação está incluído no sistema legal, uma vez que a comunicação cotidiana “solta”, em suas contingências, *necessita de institucionalização legal*. E, mesmo dentro desse processo, o risco de dissenso e contradição se mantém nos discursos, sendo transformado na força produtiva de formação de vontades e opinião política supostamente racionais²⁶.

* * *

Em síntese, o que coloca nesse primeiro capítulo é uma base conceitual e metodológica de sua teoria, construída, até então, em termos mais abstratos. Nos próximos capítulos é que irá mobilizá-las aos problemas práticos do direito e da política, que é a discussão central do livro. Ou seja, deixa-se afluir em uma reconstrução minuciosa e expositiva de suas categorias analíticas, sobretudo em termos da teoria do discurso, sem que se “aplique” aos campos concretos que se pretende discutir adiante. Como, em suma, a razão comunicativa propriamente dita, em “oposição” à razão prática, se configura enquanto meio de “orientação” à validade das normas e juízos em interlocução entre membros razoavelmente “iguais” dentro de uma comunidade política. Isto é, como, por meio da linguagem e do agir comunicativo, se estabelecem normas “acordadas” como ponto de partida consensual dentre as partes para o posterior debate e dissenso que irão estruturar o debate da esfera pública da sociedade democrática moderna.

São discutidos, portanto, momentos como o uso da racionalidade em nome da comunicação intersubjetiva, na acordância dos sujeitos sobre normas sociais e da subsequente legitimidade à ordem legal a que estão submetidos, e o possível dissenso sobre elas e entre si

²⁵ *Ibidem*, p. 38.

²⁶ *Ibidem*, p. 38.

mesmos, a construir a relação entre facticidade e validade. Isso, precedido à reconstrução da teoria do agir comunicativo, à mobilização do direito enquanto categoria de integração social, sobretudo no direito moderno, até as implicações entre legislação e sistema de direitos. Para, então, demonstrar para onde todo esse caminho desemboca: a institucionalização dos fluxos comunicativos, adentrando os espaços sistêmicos da ordem legal.

* * *

Ainda às rédeas do debate metodológico, no segundo capítulo é abordada uma discussão disciplinar sobre o estudo do direito e da justiça, de modo a, novamente, encontrar respostas na teoria do agir comunicativo. Mas, antes disso, Habermas explana sobre as principais características e dicotomias entre esses dois distintos e distanciados campos de análise: a sociologia do direito e a filosofia da justiça, capturando ganhos e perdas de cada um ao se analisar os meandros do sistema legal. Porém, adianta-se que o ideal seria “levar o sistema legal a sério, reconstruindo-o internamente em seu conteúdo normativo, e descrevendo-o externamente como um componente da realidade social”²⁷.

Em ambos os campos, fala-se sobre uma *crítica ao direito*, havendo uma relação dicotômica entre reivindicação e realidade nos dois modelos “extremos”: primeiro, o desencantamento objetivista do direito, por parte da sociologia do direito; e a filosofia da justiça que se mostra pura e exclusivamente normativa. Habermas reconstruirá, portanto, exemplos de cada modelo.

A discussão vai pela ótica da sociologia do direito e o subsequente desencantamento da categoria – que, de início, fora de muita significância na análise do Estado e da sociedade, desde a concepção de direito natural dentre os contratualistas. Porém, o foco está nos teóricos *empiricistas* que opunham-se ao “prescritivismo” do direito racional, que supostamente não carregaria particularidades históricas e fatos socioculturais. Exatamente por conta do individualismo excessivo de sujeitos autônomos do direito privado, sob a ótica contratualista, em sociedades regidas pela economia de mercado, mais do que por relações de poder político, é que teóricos sociais tornaram-se cada vez mais críticos à categoria de direito. Ressalta-se a importância de Marx, crítico da economia política, ao evidenciar as formas de desigualdade social no cunho das explanações anteriores. A partir daí, passa-se a dar importância somente ao que se refere ao curso do processo histórico, já que o materialismo histórico toma frente da integração social, desfazendo-se da normatividade ideal do direito. Agora, diz, trataria-se de

²⁷ *Ibidem*, p. 43.

uma “teoria afirmativa do sistema”, sem o ramo teórico-crítico da filosofia, mas objetivista, que ignora a amplitude do repertório normativo apto a captar a diversidade das sociedades complexas²⁸.

Apesar disso, Habermas denota o ressurgir da importância de se pensar uma *lógica legal* dentro da sociologia, porém apenas enquanto uma *pequena dimensão do sistema*, no que diz respeito ao discurso, como uma forma específica de *linguagem*. Menciona, então, sociólogos como Luhmann, que coloca a categoria do direito em uma posição marginal, neutralizando as questões acerca da validade legal, ao se descrever a realidade social objetivamente. Assim, o direito seria um “sistema auto-poiético”, que se distancia de seu próprio contexto, regulando a sociedade de forma indireta e metafórica, sendo um circuito fechado de comunicação, que se reproduz a si mesmo com seus próprios significados²⁹. Desta forma, o direito seria reduzido somente a expectativas cognitivas, isto é, a sociologia funcionalista se cega diante da complexidade da validade existente no direito, decaindo numa reinterpretação empiricista que o desfaz de todas as relações internas de moralidade e política, reduzindo-o à mera função de administração da “lei”. Perde-se então o significado *socialmente integrativo* da comunicação legal e as conexões com processos racionalmente motivados de se alcançar o entendimento mútuo dentro de uma associação de sujeitos legais. Considera-se, então, não a sustentação de integrações sociais por meio do direito, mas somente o “meio” de justificação da argumentação legal, numa troca de códigos de valores legal/ilegal.

Porém, é ressaltado o fato de que tais afirmações não coincidem com as próprias interdependências empíricas existentes no direito. Há a conexão interna entre o direito e a organização constitucional da origem, aquisição e uso poder político, cuja importância emerge da própria *linguagem* do direito: ele funcionaria, portanto, como um “transformador” que garante que as redes comunicativas de integração social sejam ampliadas por toda a sociedade, de modo a gerar coesão dentre elas. Especificamente, Habermas constrói o argumento de que informações de substância normativa só circulam devidamente pela sociedade na forma da linguagem do direito, acoplando as ambas as dimensões do mundo da vida e do sistema, fazendo-nas inteligíveis nas esferas de ação. As especificidades funcionais do mundo da vida procedem de tal modo que seus componentes (cultura, sociedade, personalidade, etc) diferenciam-se dentro dos limites de uma linguagem multifuncional, porém ainda seguem entrelaçados um ao outro por meio desse intermédio. Ou seja, o direito funciona como *medium*

²⁸ *Ibidem*, p. 44-47.

²⁹ *Ibidem*, p. 48-49.

de linguagem dentre os diversos sub-sistemas, dentre o mundo da vida e o sistema, diferentemente da ideia de sistema “auto-poiético”, como configurado pela teoria funcionalista de sistemas, que prega códigos específicos para cada sub-sistema em paralelo³⁰.

Depois, volta-se ao outro campo da dicotomia: o “retorno” do normativismo do direito natural, sobretudo em Uma Teoria da Justiça (1971) de Rawls, trazendo a tradição contratualista de volta na filosofia prática, como o “projeto racional de uma sociedade justa em contraste abstrato a uma realidade obtusa”³¹. Mais especificamente, a teoria de justiça de Rawls propõe um procedimento entendido pelo ponto de vista de um julgamento imparcial de questões moralmente substantivas de justiça política, no que chama de “posição original”, que se dará, de modo geral, num cenário em que os indivíduos são livres para perseguir objetivos segundo seus próprios valores de boa vida, assegurados por instituições igualmente justas que criam as circunstâncias para isso. Habermas perpassa todo o desafio de que Rawls se encarrega, desde a posição original, até o segundo estágio da teoria, em que há o desafio de inseri-la na dimensão real de uma esfera pública e cultura política existentes. Nisso, denota a questão da “fraqueza” de uma teoria que se constrói anteriormente à contextualização dos sujeitos “reais”, pressupondo a existência de instituições prontamente justas de antemão. Há, aí, algumas falhas procedimentais “anti-universalistas”, diz Habermas, já que a teoria estaria provavelmente restrita somente ao contexto dos EUA. Isto é, vê-se a facilidade de “tal teoria normativa ganhar entrada em uma cultura cujas convicções liberais básicas já estão enraizadas dentro da tradição e socialização política”³².

Teorias como a de Rawls, e de outros citados, não abarcam o que é *específico à validade legal*, vale dizer, à própria tensão entre facticidade e validade que habita o direito, o que também distancia a percepção da tensão externa entre a reivindicação pela legitimidade do direito e a facticidade social. Há a necessidade de melhor elucidar a relação entre direito positivo e justiça política, diz, considerando as formas legítimas de direito e a dimensão institucional de um direito feito de sanções. Isto é, a dimensão institucional dos princípios de justiça, havendo a devida tensão entre facticidade e validade, de modo a legitimar a justiça do direito junto à facticidade social.

³⁰ *Ibidem*, p. 55-56.

³¹ *Ibidem*, p. 57.

³² *Ibidem*, p. 61.

Nesse sentido, faz-se necessária a reconstrução do Estado constitucional e sua base social, ou seja, a atenção a ambas as dimensões que os campos sociológico e normativo captam:

Somente quando as análises sociológicas do direito combinarem o acesso externo com sua reconstrução interna, é que não será mais necessário que a teoria normativa busque contato com a realidade social de forma não mediada, por via da consciência política de um público de cidadãos. Uma teoria normativa designada a propostas de reconstrução do desenvolvimento do Estado constitucional em sociedades concretas poderá então fazer o papel de descrição crítica de processos políticos reais (HABERMAS, 1996, p. 65).

Há, então, a necessidade por análises duais, atrelando a reconstrução normativa àquela empírica do sistema legal. Como em algumas teorias sociais clássicas, com menção especial a Weber e Parsons, que oferecem abordagens neo-kantianas equipadas contra os perigos das respectivas áreas mencionadas, isto é, no que conceitos filosóficos se mantêm vazios ao negar a visão do direito como um sistema de ação empírico; e a percepção sociológica que se cega à dimensão simbólica dos significados do direito. Respectivamente, ambos operam com a noção de que ideias/interesses e valores culturais estão interpenetrados nas ordens sociais. Entendem, ademais, a ação institucionalizada como a realização seletiva de valores culturais em forma de coação social. Essas ordens sociais, na medida em que se realizam por via de situações típicas e valores integradores, provêm o cunho da realidade às camadas normativas de comportamento³³.

Tal desenvolvimento demonstra, especificamente segundo Weber, que ordens sociais somente se mantêm enquanto ordens legitimadas, isto é, sua validade possui mais importância do que simplesmente haver uniformidade nas ações sociais ali existentes, determinadas por costumes e interesses individuais. A legitimidade de tal ordem, portanto, necessita ser reconhecida intersubjetivamente, de acordo com o consenso de valores. Nisso, a expectativa por legitimidade de uma ordem social é estabelecida por convenção ou por direito. Para Weber, a convenção ocorre em casos em que a validade social é externamente garantida por uma significativa reação de desaprovação em cima de um comportamento repudiado; e o direito vem em forma de uma norma conformativa do comportamento, garantida e aplicada por meio da força. Dessa forma, o consenso adquirido sobre a ação legitimamente regulada é incorporado de acordo com o tipo de garantias internas e externas adicionadas às razões legitimadoras, advindo do amálgama de razões e motivos empíricos, diferindo conforme as narrativas míticas,

³³ *Ibidem*, p. 66.

religiosas ou de doutrinas metafísicas, até as de origem secular, de usos pragmáticos, éticos e morais da razão prática³⁴.

Contudo, Habermas denota que Weber estaria apenas considerando o “todo” da jurisprudência na análise, utilizando o direito apenas como ferramenta à funcionalidade do poder político, negligenciando as diferenciações entre doutrina, teoria legal e filosofia do direito. Ao contrário, há Parsons, que utiliza de um modelo democrático de legitimação da ordem social, pela “*societal community*”, em que o direito tem sua própria função, que antevém o Estado, mas em uma relação recíproca, de lei sancionada pelo Estado e poder político legalmente exercido. Vê-se, ainda, certa plausibilidade na estratégia de Weber em conceber o direito como parte do sistema político, ao contrário de Luhmann, que o retira. Mas Parsons expressa o desenvolvimento legal junto à evolução da comunidade societária – a sociedade civil, onde há mundos da vida estruturalmente distintos e subsistemas funcionalmente independentes, cujo estabilizador das expectativas de comportamentos seria o direito moderno³⁵. E na construção da legitimidade das ordens sociais, nesses casos, há o foco em uma revolução educacional e a ampliação da esfera pública, que há de tornar-se mais responsiva com melhores condições político-culturais e na estabilização de direitos civis efetivos, deixando os processos de comunicação pública mais *inclusivos*. Menciona-se, então, as concepções de cidadania e inclusão, em que a *juridificação* pode ser aliada às novas demandas por direitos pelas mobilizações políticas da população, “ativando” direitos que os cidadãos já possuem. Nisso, diz, a classificação de direitos passa a incluir novos tipos de direitos civis, além dos culturais, como em questões dos movimentos feminista e ecológico, por exemplo³⁶. Porém, Habermas se atenta aos perigos do “privatismo cívico” e da transformação de cidadãos em clientes do Estado, por meio do fornecimento de serviços e benefícios paternalistas na forma de liberdades negativas.

Em síntese, para Habermas, o direito é “duas coisas ao mesmo tempo”: pode-se entendê-lo como um texto de proposições e interpretações legais, e como uma instituição – um complexo de ações normativamente reguladas. Ou seja, *um sistema de conhecimento e um sistema de ação*, em que motivações e orientações de valor estão entrelaçados e normas legais têm efeito imediato na ação de maneira que julgamentos morais não têm³⁷. E, retomando a perspectiva da teoria do agir comunicativo, é possível dizer que o subsistema do direito pertence

³⁴ *Ibidem*, p. 68-69.

³⁵ *Ibidem*, p. 70-75.

³⁶ *Ibidem*, p. 76-77.

³⁷ *Ibidem*, p. 79.

ao componente societário do mundo da vida, enquanto uma ordem reflexiva legítima. Ele se reproduz junto às estruturas da personalidade e da cultura, por meio do fluxo de ações comunicativas; e, também, as ações legais constituem o meio pelo qual as instituições de direito se reproduzem por via de tradições legais compartilhadas, interpretando e observando as regras legais³⁸. Isso pode demonstrar, novamente, como a linguagem do direito se distingue da comunicação moral, que é restrita ao mundo da vida, na medida em que funciona como transformadora da comunicação que circula entre sistema e mundo da vida, constituindo-se intersubjetivamente pela comunicação e pelas instituições.

1.2 Por uma concepção co-originária de autonomia

Dadas as bases argumentativas anteriores, partimos diretamente para a concepção habermasiana de autonomies co-originárias, numa síntese agora enxuta do que se dá pelo terceiro capítulo. Pensando no âmbito do Estado democrático de direito, Habermas retém esforços na reinterpretação da concepção de autonomia jurídica, sendo dividida em dois momentos, a autonomia privada e a autonomia pública, numa tentativa de superar o conflito dicotômico entre ambas, equalizando sua correlação por meio da teoria do discurso. Isto é, antes, segundo a concepção clássica liberal de autonomia, ela seria somente a liberdade individual de perseguir seus próprios fins à sua maneira, sem interferência do Estado ou de outros indivíduos, estabelecendo uma fronteira legal entre público e privado para que os interesses do sujeito fossem protegidos. Esta era oposta à noção de autonomia pública, fomentada pelo republicanismo, que pregava a primazia da participação nos assuntos públicos e de tomada de decisão coletiva pelo bem-comum partilhado da mesma comunidade jurídica. Assim, sempre uma forma de autonomia acaba sendo sujeita à outra, num “jogo de forças”, impedindo a proteção simultânea de ambos os momentos da autonomia jurídica que, segundo ele, desemboca em situações autoritárias, no “paternalismo das leis” e numa “ditadura da maioria”.

A primeira advém da sobreposição da privacidade à autonomia pública, que, segundo um comentador “transforma a autonomia privada num princípio de conservação acríticas relações interpessoais existentes; num selo de imutabilidade que impede que as injustiças contidas no âmbito da privacidade sejam discutidas e modificadas publicamente”³⁹. E, sobre a segunda, diz-se “ditadura da maioria” por processos livres do dissenso do debate político e intersubjetivo, marginalizando as vozes ressoantes de grupos minoritários. Habermas denota,

³⁸ *Ibidem*, p. 80-81.

³⁹ SILVA, 2008, p. 98 *In* NOBRE; TERRA, 2008

nisso, a importância das denúncias feministas a esse tipo de autoritarismo (o paternalismo das leis), nas reivindicações pela ressignificação dos espaços e assuntos privados, desvelando situações de injustiça e opressão da proteção da privacidade liberal. Dentro desses contextos, esferas da vida social, como a da família, não seriam constituídas de escolhas pessoais imunes ao debate e consenso públicos e de deliberação política e de justiça.

A solução para superar tal dicotomia estaria, portanto, não em acabar com as diferenças entre os tipos de autonomia, mas identificar sua origem e fundamentos comuns que as correlacionam. Tal origem estaria, então, no discurso, isto é, nas formas de comunicação que permitem que a aceitação de condutas e opiniões, individuais ou coletivas, seja construída racionalmente pelas partes concernidas. Ou seja, a liberdade que fundamenta esses dois momentos de autonomia se fomenta por discursos isentos de coerção, no que a vontade individual e coletiva sejam elaboradas linguisticamente por meio do intercâmbio comunicativo, na livre formação da opinião e da vontade; em que haja, também, igualdade de status dos participantes na livre contribuição a esses processos comunicativos. Portanto, na concepção da teoria do discurso, a autonomia privada diz respeito a direitos subjetivos, em que o sujeito é livre para agir sem dar satisfações ou justificar-se publicamente por suas ações, dentro do que é permitido, conforme decidir pelo melhor modo de vida para si, o que chama de “liberdade de arbítrio”. Há também a “liberdade ética”, em que o sujeito é livre para conceber interpretações pessoais de tradições culturais em que se encontra inserido, bem como sua identidade e valores pessoais.

A privacidade, em Habermas, não seria então a individuação isolada do liberalismo clássico, de proteção excessiva ao externo, mas uma esfera de comunicação juridicamente protegida contra intervenções ilegítimas, havendo garantias de que comunicações espontâneas da vida privada sejam livres e igualitárias, segundo um código jurídico específico. E, complementar a ela, vem a autonomia pública, que é a liberdade política que os sujeitos têm em produzir seus próprios direitos e liberdades individuais, em que a formação da vontade coletiva é livre apenas se concebida na livre transposição de argumentos e opiniões dentre os concernidos. Ou seja, a autonomia pública é considerada procedimental, na medida em que se concebe historicamente quando os destinatários dos direitos subjetivos são seus próprios autores dentro de uma mesma comunidade jurídica. Por meio de um procedimento deliberativo racional, é preciso, no âmbito da autonomia pública, que os sujeitos envolvidos sejam independentes e livres de coerção na formação de suas opiniões e vontades individuais.

Assim, conclui-se que ambos os tipos de autonomia se pressupõem mutuamente, sendo co-originárias, em conformidade, então, com o procedimento das eclusas nos influxos de poder entre sistema e mundo da vida. Com a roupagem encontrada em *Direito e Democracia*, o quadro teórico habermasiano passa a melhor enxergar a particularidade de temáticas de gênero nas dinâmicas da sociedade civil e política. Como no caso do direito ao aborto, as mulheres agiram e obtiveram resultados por via da autonomia pública, transferindo um assunto antes considerado privado à esfera pública e, elevou-se o poder comunicativo de tal discussão à dimensão político-jurídica de tomada de decisão, transpondo-na à linguagem do direito, nas vias de seu resultado: o direito à autonomia privada em decidir sobre seu próprio corpo. Tais questões serão melhor aprofundadas pelas autoras de que trataremos a seguir.

CAPÍTULO 2. A CRÍTICA FEMINISTA A HABERMAS

Explanados os parâmetros gerais da teoria habermasiana no capítulo anterior, nos termos abarcados em Direito e Democracia, apreendemos as suas potencialidades de diálogo com questões referentes à obtenção de igualdade de gênero, considerando seus caracteres de interação constituídos pública e privadamente, sob a lógica dos influxos comunicativos abarcados na teoria do discurso. Mas, para melhor compreender como a teoria habermasiana pode ser utilizada como fundamento frente a questões como essa, é importante denotar as críticas feministas feitas à sua teoria pré-Direito e Democracia. Isto é, o que fora exposto no capítulo anterior pode ser compreendido como fruto de um empreendimento anterior da teoria política feminista em apontar ganhos e falhas de Habermas em relação às preocupações de gênero. Portanto, em um olhar retroativo, exponho as contribuições de Jean Cohen e Nancy Fraser, respectivamente, para a crítica feminista que influenciou a obra habermasiana a tomar a forma tal qual fora exposta anteriormente.

2.1 Jean Cohen

Jean Cohen reconhece a suma importância da teoria habermasiana à teoria feminista, em que diversos conceitos e categorias analíticas são bem aproveitadas ao se discutir questões de gênero e da mulher, mas denota, sim, a inicial “cegueira” da obra habermasiana frente a esses pontos. Porém, diferente de outras críticas, Cohen denota que as falhas estão muito mais na interpretação e aplicação do próprio Habermas de seu enquadramento categórico, do que o enquadramento em si. Sua tentativa está, então, em revisar e reestruturar certos pontos da teoria, e não rejeitá-los, já que enxerga potenciais muito frutíferos da teoria habermasiana dentro das discussões feministas⁴⁰. Principalmente com a então mencionada e tanto criticada tese da colonização – que, segundo Cohen, pode possibilitar que se explique por que a sociedade civil é, ao mesmo tempo, mira e terreno da ação coletiva contemporânea. Por assim dizer, há, na sociedade civil moderna, potenciais positivos de emancipação, não sendo inteiramente reificada e permeada somente por relações de poder desiguais.

Isto é, para que a colonização administrativa e econômica da sociedade civil (ou do mundo da vida) seja restrita e controlada, alguns esforços têm de vir à tona, perpetuados sobretudo pelos movimentos sociais contemporâneos, na busca pela “des-tradicionalização” e democratização das relações sociais. Para tanto, Cohen apresenta quatro redefinições

⁴⁰ COHEN, 1995.

normativas e políticas: **1.** “políticas de identidade”, que redefinem normas culturais, identidades coletivas e individuais, papéis sociais e as formas e conteúdos dos discursos, pautando a sociedade política, não somente ao que seria a “reprodução simbólica” da vida, já que instituições autoritárias adentram o mundo da vida impedindo o progresso de tais questões. **2.** “políticas de inclusão”, em que, como dito, instituições políticas são visadas, para que novos atores políticos sejam inseridos, proporcionando benefícios àqueles que representam. **3.** “políticas de influência”, em vistas de alterar o universo de discurso político, acomodando novas interpretações de necessidades, identidades e normas. E, ao fim, para a democratização das instituições políticas e econômicas, uma “política de reforma” seria imprescindível para o objetivo de que as esferas do mundo da vida tenham autonomia à colonização do sistema⁴¹.

Há, em Habermas, uma visão “unitária” de sua própria teoria dualística, segundo Cohen. Vê-se o potencial dos novos movimentos nas dimensões de transmissão cultural e socialização, porém, não a mudanças institucionais dentro da sociedade civil e política, considerando-os apenas provedores de políticas culturais consideradas anti-institucionais. O que ocorre, de fato, é que os movimentos sociais geram novos tipos de solidariedades, alteram a estrutura da sociedade civil e criam uma pluralidade de novos espaços públicos, expandindo espaços que já são institucionalizados. A ação coletiva contemporânea, portanto, acopla essas duas dimensões: de integração social e mudanças institucionais, desde a família, por exemplo, até as esferas públicas de tomada de decisão. O que é necessário, portanto, é a reestruturação dos papéis que mediam sistema e mundo da vida na teoria habermasiana; ou seja, uma reconstrução da distinção entre ambos. Corrigindo, então, dois “pontos cegos” da teoria: colocar o conceito de mundo da vida na articulação institucional de uma sociedade civil *assegurada por direitos*; e reconhecer que há receptores para influência da sociedade civil dentro da sociedade política, que podem ser acrescentados e democratizados. Nesse sentido, a concepção dos novos movimentos sociais adentra a lógica dual de se operar em ambos os lados de sistema e mundo da vida, em ambos os paradigmas de ação coletiva, que é o que Habermas ainda não havia denotado até Direito e Democracia. E, ademais, a ação coletiva pode ser dividida entre “ofensiva” e “defensiva”, em que esta última envolve a preservação e o desenvolvimento da infraestrutura comunicativa do mundo da vida, útil à redefinição de identidades e normas, concebendo formas igualitárias e democráticas de associação. Enquanto que, a “ofensiva”, se experime na ação coletiva que mira diretamente na sociedade política e econômica, no cerne da

⁴¹ *Ibidem*, p. 59.

mediação entre sociedade civil e os subsistemas do Estado administrativo e da economia⁴². Ou seja, organizações que possam exercer pressão pela sua inclusão dentro desses domínios e extrair benefícios deles, diz Cohen, requerindo reconhecimento político e redistribuição, além de uma política de influência que vise reformas institucionais e políticas, democratizando as estruturas de discurso já existentes ali.

E, tratando-se especificamente das normas de gênero patriarcais existentes nas sociedades modernas, os padrões estabelecidos vão de encontro às patologias existentes no mundo da vida, que vão contra o progresso e modernização que Habermas prega em uma sociedade civil racionalizada. Do contrário, as normas de dominação masculina são o tradicionalismo por excelência, diz Cohen, não sendo racionais e nem modernas no sentido normativo:

A diferenciação dos subsistemas da economia e Estado do mundo da vida é uma pré condição para liberar os potenciais culturais da modernidade, e libertar a interação comunicativa da reprodução ritualística de normas sacralizadas e convencionais. O mundo da vida não poderá ser internamente diferenciado, as instituições da sociedade civil não poderão ser modernizadas, a subjetividade não poderá ser descentralizada, e papéis convencionais não poderão ser enfrentados, a não ser que a interação comunicativa esteja livre da tarefa de coordenar todas as áreas da vida. (COHEN, 1995, p. 68)

É necessário, portanto, que as próprias normas institucionais do sistema, advindas da interação estratégica, sejam reformuladas e regulem aspectos importantes do que era somente subjugado ao mundo da vida e à reprodução simbólica. A exemplo, no que se refere aos Estados de bem-estar social, existem ambiguidades envolvidas nos processos duais de intercâmbio entre sistema e mundo da vida, que Cohen já denota na preliminar análise de Habermas sobre as *novas formas de juridificação e usos do direito*⁴³. Por exemplo, no domínio da família, mulheres e crianças eram negadas enquanto pessoas legais, subordinadas ao marido e ao pai; no Estado de bem-estar social, os princípios igualitários vêm no lugar das normas patriarcais, *por via de direitos*, dismantelando a posição de poder do paterfamilias em vista à ampliação de competências e dos papéis dentre os membros da família. Há, aí, uma influência que vem da sociedade civil e adentra o Estado, alterando as normas vigentes. Porém, tais normas são reforçadas na sociedade pelo próprio Estado, pela linguagem sistêmica, *por meio da atribuição de leis e direitos* – é o que Cohen vê de positivo em se utilizar da razão estratégica em assuntos apenas resignados à dimensão comunicativa do mundo da vida, já “adiantando”, por assim dizer, a importância que o direito vem a ter na obra posterior de Habermas. Mas denota os

⁴² *Ibidem*, p. 61.

⁴³ *Ibidem*, p. 72-73.

pontos negativos da juridificação, em certa medida, quando a complexidade dos contextos específicos não são levadas em conta, e julgamentos universalizantes, formalizados e burocráticos em demasia acabam por retirar os poderes dos concernidos no caso, indo além da codificação legal de direitos. Isto é, casos que bloqueiam os processos discursivos de formação das vontades e negociações de tomada de decisão orientadas pelo consenso.

Para ela, existe esse dilema da teoria feminista frente à ambivalência da legislação de direitos iguais em domínios como esse, da família. Mas, segue a autora, uma versão feminista da crítica ao Estado de bem-estar há de continuar com os projetos de descolonização da sociedade civil e de sua modernização, no sentido de substituir as normas patriarcais por aquelas alcançadas comunicativamente, além do desenvolvimento de instituições igualitárias que influenciem os sistemas administrativo e econômico. Respectivamente, Cohen diz que esses projetos permitiriam somente formas de juridificação que empodere os atores da sociedade civil sem subordiná-los ao controle administrativo; dissolveriam a dominação masculina nas instituições públicas e privadas; e abarcariam reformas estruturais na sociedade política e econômica, fazendo-nas receptivas e complementares às novas identidades e instituições igualitárias e democratizadas da sociedade civil. Por assim dizer, Cohen detém esforços em dizer que, sim, os então novos movimentos sociais, sobretudo o movimento feminista, não só se mantém na agenda cultural e identitária de reprodução simbólica do mundo da vida, porém agem na dimensão “ofensiva” em direção ao Estado e à economia, pressionando-os por inclusão e igualdade política⁴⁴.

Um exemplo máximo que Cohen cita é a legalização do aborto nos EUA, em *Roe v. Wade* (1973), que traz ao escrutínio público da tomada de decisão, uma questão essencialmente privada, “não-política”, da sociedade civil, mas que vem a ser considerada pela chave *do direito à privacidade*, em um influxo contínuo entre público e privado, concomitantemente⁴⁵. Para que houvesse sucesso nesse caso, foi necessária a ação das políticas de identidade em vista de alterar as normas, relações sociais e arranjos institucionais construídos na sociedade civil, referente ao status da mulher, bem como uma política de influência direcionada à sociedade política. Nisso, portanto, o que se reivindicava era *privacidade enquanto forma de autonomia* e, ainda mais importante, a desconstrução da noção de que uma instituição social (família, gravidez) poderia ser “tão privada” no sentido de ser “imune” aos princípios de justiça⁴⁶. Do contrário, casos como

⁴⁴ *Ibidem*, p. 74-75.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 80.

o da legalização do aborto desafiam os papéis identitários tradicionais impostos à mulher, e também abrem margem à influência e alteração do universo do discurso político. Houve mudança, portanto, de forma dual, sobre o status da mulher em relação ao próprio corpo, e também, em relação ao Estado, colocando-se com autonomia frente a ele na tomada de decisão, obtendo-se um direito por via da razão instrumental, ainda que advindo de ebulições das esferas públicas do mundo da vida. Tal caso, de fato, enfatiza Cohen, desafia e altera os padrões liberais da concepção das esferas públicas e privadas da sociedade civil.

Em suma, Cohen tensiona as próprias categorias analíticas de Habermas para preencher as lacunas por ele deixadas até então. Utiliza-se das próprias problemáticas da tese da colonização do mundo da vida para reestruturá-la, numa guinada ao que, depois, Habermas chamaria de metáfora das eclusas, na circulação de poder por dentre ambas as dimensões da sociedade e, mais do que fazer com que a razão comunicativa adentre esferas sistêmicas das instituições administrativas, permite que a própria razão estratégica atue como potencial de emancipação alterando normas vigentes na sociedade civil, por via de leis, direitos e demais deliberações, conforme seus meios de linguagem e de ação. Nega-se, então, a antes concebida concepção habermasiana de que os chamados novos movimentos sociais, como o feminista, estariam limitados à esfera de ação do mundo da vida, no que se refere somente à socialização e à reprodução simbólica cultural e identitária. Do contrário, Cohen demonstra como as ações desses movimentos são dignas de influenciar e adentrar o sistema, sendo então ações *políticas*, que desembocam em resultados igualmente políticos, com as devidas mudanças e ressignificações de status e normas convencionais reproduzidas por tais meios, em um intercâmbio entre esferas públicas e privadas.

2.2 Nancy Fraser

Fraser detém esforços em reconfigurar a proposta de esfera pública concebida por Habermas, denotando a grande importância e caráter *sine qua non* para pensar os limites da democracia liberal contemporânea do Ocidente – que, por acaso, não se trata do “fim da história” e possui, sim, situações de injustiças e opressão que precisam ser analisadas criticamente e sanadas. Para tanto, aproveita-se os benefícios do conceito habermasiano, porém, com a necessidade de reconfigurá-lo com atenção a essas situações. Isto é, a esfera pública “liberal e burguesa”, conforme concebida por Habermas, não é em si suficiente para captar as questões emergentes das democracias de massa, sobretudo em sociedades estratificadas. E o que seria, primeiramente, tal esfera pública liberal e burguesa? É o cenário de que se constitui a participação política nas sociedades modernas, por meio da comunicação intersubjetiva; ou

seja, espaço em que os cidadãos deliberam sobre interesses comuns, uma arena institucionalizada de interação discursiva que se difere conceitualmente do Estado e da economia “oficial”, que pode ser crítica ao próprio Estado⁴⁷.

Fraser adianta que uma nova forma de esfera pública é necessária para regatar a função crítica de tal arena e, assim, institucionalizar a democracia. Para provar tal argumento, a autora menciona exemplos, como de revisionismos históricos, que demonstram que a história da esfera pública, desde o início, não tem sido inclusiva e nem detentora dos reais interesses comuns das sociedades, sendo espelho do “interesse público”, ao contrário de “interesses privados”. Porém, surge, aí, o primeiro problema: a suposta separação entre “público” e “privado” não é sustentável, já que, na esfera pública burguesa, o público se fragmenta numa massa de grupos de interesse competindo entre si. Quais seriam, portanto, os interesses “privados” excluídos do escrutínio público? Arelada ao argumento de Joan Landers⁴⁸, Fraser afirma que a esfera pública “oficial” tem sido constituída de exclusões, e o cerne dessas exclusões seria dado por questões de *gênero*. Feminilidade e publicidade estariam postas, em tal modelo, como paradoxos. E, além disso, estaria aí contido o ethos de um processo criador de *distinções* de uma dada elite social, mantendo o caráter hierárquico e hegemônico do projeto burguês.

Fraser então diz que o erro de Habermas, na verdade, não está em somente idealizar a esfera pública liberal, mas em não identificar e nem examinar *outras* esferas públicas existentes concomitantemente. Ainda a exemplo da historiografia, denota-se que havia uma variedade de formas em que mulheres norte-americanas, no século XIX, de várias classes e etnias constituíam acessos alternativos à vida política e pública, apesar de serem excluídas da esfera pública oficial, dentre outros exemplos que, em geral, demonstram como ativistas pelos direitos das mulheres contestavam publicamente a exclusão das mulheres da esfera pública oficial e a privatização de políticas de gênero⁴⁹. Assim, o contexto fora constituído ideologicamente, numa noção de publicidade calcada em gênero, classe e raça. Fraser conclui que o público burguês nunca fora de fato “o público” que clamava ser. Do contrário, este era um meio a outros *contra-públicos* competindo simultaneamente, desde o início, de modo conflituoso. E, mesmo após a suposta “inclusão” desses públicos na esfera formal, com o ideal de acesso aberto, as desigualdades de status estariam apenas contidas e não eliminadas de fato. É necessário,

⁴⁷ FRASER, 1990, p. 57.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 61.

portanto, analisar criticamente os processos de interação discursiva também *dentro* das arenas públicas formalmente inclusivas, levando em consideração o contexto e estrutura social em que estão inseridos, contendo relações de dominação e subordinação. Na concepção liberal, o que se visa é enrijecer as barreiras entre instituições políticas que perpetuem relações de “igualdade” e as instituições econômicas, culturais e domésticas, mantendo-nas em relações sistêmicas de desigualdade. Ao contrário, Fraser pontua, é imprescindível à paridade de participação que as desigualdades sociais sistêmicas sejam eliminadas e não só contidas⁵⁰.

Nisso, é melhor que haja mesmo uma multiplicidade de públicos que interagem entre si, do que um só público dominante porém “compreensivo” e inclusivo. A essa multiplicidade oposta à esfera oficial, Fraser desinga o termo de *contra-públicos subalternos*, que têm se formado por grupos minoritários constituindo públicos alternativos em paralelo, como mulheres, trabalhadores, negros e LGBTs. Dentro desses contra-públicos, são discutidos interesses em oposição àqueles da esfera oficial, como a interpretação de suas identidades e necessidades específicas, criando vocabulários próprios e levantando questões até a esfera pública oficial. A exemplo, as mulheres feministas que, agindo entre si e levantando questões de interesse mútuo, armaram-se com uma linguagem específica contra abusos e assédios, numa auto-compreensão de seus interesses e necessidades, diminuindo os efeitos de desvantagem na esfera pública oficial. Isto é, a ação e ampliação dos públicos subalternos se dá por via de *contestações* discursivas que então vão a público, num caráter *dual*: funcionam como espaços de reagrupamento e, ao mesmo tempo, como base de atividades agitacionais frente a outros públicos – o que constitui seu potencial emancipatório⁵¹. Portanto, as relações discursivas entre públicos empoderados de forma distinta se dá pela contestação ao invés da deliberação.

O que mais vem à tona em tal discussão são os limites entre publicidade e privacidade, no modo de decidir o que é de interesse público ou privado nas arenas de discussão, determinado pela perspectiva do participante. A autora sustenta que não há fronteiras naturalmente dadas e *a priori*, já que os comuns consensos são dados por via da contestação discursiva. Por exemplo, outro caso das mulheres feministas, que até dado momento eram minoria em pensar na violência doméstica como preocupação comum e um tópico legítimo de discussão pública; somente por via da contestação é que trouxeram tal questão à tona na esfera pública, tornando-na um interesse comum para a maioria. Dessa forma, não há como pré definir uma noção de “bem comum” e nem crivos para a exclusão de “interesses privados”, já que podem ser

⁵⁰ *Ibidem*, p. 63-65.

⁵¹ *Ibidem*, p. 68.

comprometidos por efeitos de dominação e subordinação. Nisso, Fraser argumenta que a teoria crítica necessita olhar mais dura e criticamente aos termos “público” e “privado”, já que têm poder de discurso político, utilizados para deslegitimar alguns interesses em detrimento de outros.

Outra questão importante é a formulação da concepção de “públicos fortes” e “fracos”, isto é, aqueles que têm os devidos poderes institucionais de tomada de decisão e os que não têm. Os primeiros seriam parlamentares, por exemplo, e os últimos contidos na sociedade civil, com o poder de trazer interesses à tona e influenciar os fortes nas tomadas de decisão, numa inter-relação de instituições. Ou seja, uma esfera pública dentro do Estado, e outras calcadas na opinião pública, diminuindo a distância entre sociedade civil e Estado em sua inter-relação, o que significa um avanço democrático a uma sociedade igualitária.

CAPÍTULO 3. RECONHECIMENTO E PRIVACIDADE EM INTERLOCUÇÃO

Fazendo jus às críticas levadas a cabo anteriormente, as autoras dão continuidade aos seus próprios empreendimentos teóricos, que compõem o cerne da argumentação deste trabalho, rumo a uma concepção de justiça calcada em reconhecimento da diferença e autonomia privada. Cada autora irá contribuir para uma dimensão desse argumento, sendo, então, Fraser responsável pela teoria do reconhecimento que estrutura o corpo dessa concepção de justiça; e Cohen, ao debate da privacidade em termos de autonomia e liberdade de escolha, no ramo dos direitos constitucionalmente assegurados, já incorporando a discussão do direito ao aborto propriamente dita.

Adianta-se aqui, entretanto, que o potencial de diálogo entre essas autoras está sendo pensado tão somente no horizonte da discussão e análise que este trabalho pretende suscitar. Isto é, pode haver, evidentemente, falhas e objeções em colocá-las em interlocução, no sentido do que visam cada uma em seus próprios projetos teóricos. Porém, aqui estamos imbuídos na tentativa e no exercício teórico de, para além de suas incompatibilidades argumentativas gerais, extrair determinados recortes de suas respectivas teorias para construir uma ferramenta argumentativa própria deste trabalho.

Em suma, é de se acreditar que, para os fins deste trabalho, a interlocução de ambas as autoras se estabeleça não em embate, tampouco em plena concordância, porém em um *continuum* que pode ser traçado sem muitas dificuldades. Já foi possível visualizar, no capítulo anterior, que Jean Cohen demonstra afimco em reivindicações de se utilizar dos meios estratégicos para institucionalizar os discursos advindos dos movimentos sociais e do mundo da vida; isto é, utilizar-se da própria linguagem sistêmica como potencial de emancipação por via de leis e direitos constitucionalmente assegurados; que só serão efetivados junto ao direito à privacidade, como veremos a seguir neste capítulo. Nancy Fraser, por sua vez, não retém uma preocupação em se apropriar da lógica sistêmica em si, mas muito mais reconfigurar os influxos comunicativos por meio dos discursos subalternos, tal qual a reconfiguração das esferas públicas, sem visar como fim-último a emancipação por meio da lei e do direito propriamente ditos. Porém, tal união “dispare” é que poderá traçar o caminho argumentativo para o olhar que pretendemos fazer às obtenções parciais do direito ao aborto no Brasil, conforme veremos na continuidade de seus argumentos teóricos, agora não focados exclusivamente na crítica à obra de Habermas, mas com preocupações que vão além.

3.1 Fraser e o conceito amplo de justiça

Como parte de seu projeto teórico, Fraser pretende dismantelar algumas “falsas antíteses” teóricas, especificamente, aqui, aquela que impele na construção de sua concepção de justiça. Isto é, o que a justiça requer? Segundo ela, duas dimensões estão em jogo, sendo que nenhuma delas, sozinha, é capaz de sustentar-se. Falamos, então, de redistribuição e reconhecimento, que seriam indissociáveis na busca por uma sociedade justa: atributos que compõem, em conjunto, seu conceito amplo de justiça⁵². A autora mantém esforços, então, em refutar os paradigmas unitários, que optam tão somente por uma dessas dimensões; argumentando a necessidade de se acomodar ambas as reivindicações por igualdade social e reconhecimento das diferenças nesse mesmo conceito de justiça – o que não se trata, segundo ela, de antíteses díspares.

Seu ponto de partida filosófico, então, está na disputa entre moralidade e ética, a que se referem os paradigmas de justiça existentes. De modo geral, na maioria das narrativas, para que uma teoria de justiça esteja alinhada a concepções do “certo” ao invés do “bom”, ela precisa estar calcada em moralidade, e não em ética. O que geralmente ocorre, diz a autora, é que “a maioria dos filósofos alinham justiça distributiva com a moralidade kantiana e, reconhecimento, com a ética hegeliana”⁵³. Com enfoque em um padrão de teoria que priorize o “certo” ao invés do “bom”, Fraser prova que é possível uma teoria de justiça pautada pela redistribuição e pelo reconhecimento, simultaneamente, sem ter de se voltar ao uso da ética, restringindo-se à moralidade. Isto é, sua estratégia está em “construir uma política de reconhecimento de forma que não se volte prematuramente à ética”⁵⁴. Nisso, Fraser pretende romper com os tradicionais modelos de reconhecimento calcados em identidade, no sentido de grupos culturais específicos: para ela, os modelos que constroem o não reconhecimento como “identidade danificada” enfatizam a estrutura psíquica ao invés de instituições e interação sociais, assim reificando a cultura ao invés de promover mudança social⁵⁵. Sua proposta está, então, em trazer uma análise alternativa do reconhecimento, tratando-o como uma questão de *status social* – ou seja, um modelo de *status*. Nele, o não reconhecimento não significa a depreciação propriamente dita da identidade de um grupo, mas a *subordinação social* de ser impedido de participar como “par” integral dentro da sociedade com os outros membros, sem que haja reconhecimento recíproco e igualdade de status. Ademais, são “padrões institucionalizados de valoração cultural” que

⁵² *Idem*, 2001, p. 22.

⁵³ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

causam os devidos efeitos nas posições relativas dos atores sociais, havendo não reconhecimento “quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação”⁵⁶. O objetivo estaria, então, em des-institucionalizar os padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação, substituindo-os por outros que a fomentam.

Nesse sentido, o modelo de status, ao contrário do modelo de identidade, constrói o reconhecimento de modo não alinhado à ética, “livrando a força normativa das reivindicações por reconhecimento da dependência direta a um horizonte substantivo de valor específico”⁵⁷ – ou seja, pautando-se pelo “certo” ao invés do “bom”, alinhado diretamente à moralidade, sendo possível a então combinação com a redistribuição. Para tanto, Fraser procura responder à questão: é o reconhecimento um problema de justiça e moralidade, ou de “boa vida” e ética? – Optando pela primeira opção, ela argumenta que o que está errado com o não reconhecimento não é o “impedimento do desenvolvimento humano distorcendo a relação prática do sujeito com seu *self*”⁵⁸, no sentido de auto-identidades danificadas⁵⁹. Do contrário, o que é injusto é que

a alguns indivíduos e grupos seja negado o status de participantes integrais na interação social, simplesmente como uma consequência de padrões institucionalizados de valoração cultural cuja construção ocorrera sem que eles participassem dela igualmente, a qual também menospreza suas características distintivas (...) (FRASER, 2001, p. 26)⁶⁰

Ou seja, diz a autora, conceber o não reconhecimento como um caso de *subordinação de status* aloca os malefícios nas relações sociais, e não na psicologia individual ou interpessoal. Dessa forma, o modelo de status do reconhecimento é deontológico e não-sectário, formando uma concepção de justiça que pode ser aceita igualmente por aqueles com concepções divergentes de boa vida. Assim, o não reconhecimento se demonstra externamente, em impedimentos publicamente verificáveis à paridade de participação de algumas pessoas, independentemente se “distorcem a subjetividade do oprimido”⁶¹.

Na construção de sua concepção de justiça, portanto, há o núcleo normativo da noção de *paridade de participação*, que permite seu caráter dual, combinando reconhecimento e redistribuição. Para que a norma se concretize, requer-se duas condições: primeiro, uma

⁵⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁹ Aqui, a autora argumenta que seria o caso de outros autores, citando Honneth (1992) e Taylor (1994).

⁶⁰ Tradução livre; para todas as citações da obra.

⁶¹ *Ibidem*, p. 27.

distribuição de recursos materiais que assegure a voz e a independência dos participantes da interação social, sendo a *condição objetiva* da paridade de participação; e, segundo, o dever que os padrões institucionalizados de valoração cultural têm em expressar igual respeito para todos os participantes e assegurar igual oportunidade para que se conquiste estima social, o que configura a *condição intersubjetiva*. Ambas as condições, então, são imprescindíveis para que haja paridade de participação e, conseqüentemente, justiça; sem que se reduza uma condição à outra, mantendo-nas no comum terreno da moralidade⁶².

Outra questão importante colocada pela autora em defesa de seu argumento é a do reconhecimento enquanto sendo um remédio contra a injustiça social, tanto para a diferença quanto para a igualdade, e não uma necessidade humana básica pré-definida *a priori*. Ou seja, as formas de reconhecimento requeridas pela justiça *dependem* das formas de não reconhecimento que devem ser retificadas. A exemplo, em casos em que o não reconhecimento nega a humanidade comum de alguns participantes, portanto, o remédio seria o *reconhecimento universalista* (como a redefinição de uma cidadania universal e não-racial ao apartheid sul-africano); e nos casos que envolvem negar as distinções do participante, o remédio é o *reconhecimento da especificidade* (como a pauta feminista de se reconhecer a capacidade distintiva das mulheres cisgênero de dar à luz, no que se refere a direitos reprodutivos)⁶³. Assim, cada caso necessita ser devidamente contextualizado, colocando questões de justiça no cerne da discussão: dessa forma, é possível distinguir quais reivindicações por reconhecimento são *moralmente justificadas*, isto é, distinguindo as necessidades de atores subordinados daqueles dominantes. As reivindicações válidas são, então, somente aquelas que promovem a paridade de participação⁶⁴.

O que está posto em voga, portanto, são as formas de se justificar as reivindicações por reconhecimento, vale dizer, na medida em que a justiça pode requerer o reconhecimento da diferença, e não só da igualdade. O que, então, justifica o reconhecimento da diferença?, Fraser pergunta, referindo-se aos casos em que nem todas as reivindicações seriam desejáveis. Para tanto, a autora afasta novamente aqueles argumentos calcados na auto-realização do indivíduo e na auto-estima para justificar o reconhecimento, já que eles não se sustentariam como questões morais. E, como resposta, novamente coloca a norma da paridade de participação como um padrão valorativo ao julgo das reivindicações legítimas, tanto na alçada da

⁶² *Ibidem*, p. 29-30.

⁶³ *Ibidem*, p. 30.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 31.

redistribuição, quanto do reconhecimento⁶⁵. Ou seja, “os reivindicadores precisam mostrar que as mudanças sociais que eles procuram irão, de fato, promover paridade de participação”⁶⁶. Logo, nem todas as disparidades seriam injustas, e assim justificadas deontologicamente, sem valoração ética, devendo ser aceitas por distintas concepções de bem. Um exemplo oportuno seria o direito das mulheres ao aborto, que configura o reconhecimento da singularidade da mulher em engravidar, sua diferença frente aos homens. O direito reprodutivo e o direito à decisão configurariam uma “disparidade” justa, por assim dizer, independentemente da valoração ética dos indivíduos em referência ao tema, já que promove a paridade de participação entre os gêneros. Não se trata, então, de uma auto-realização subjetiva do sujeito, tampouco de ganhos a determinadas concepções de boa vida, mas uma reparação justa da interação social, justificada em termos morais, sempre conforme a norma da paridade de participação enquanto padrão justificativo.

3.2 Jean Cohen e a autonomia decisória

Jean Cohen busca refinar, para além de uma nova concepção da dicotomia público/privado, a questão específica da privacidade, no âmbito de direitos. Isto é, a teoria feminista já se imbuíu significativamente a pensar a reestruturação das esferas públicas e o que ocorre dentro desse escrutínio, mas pouco fora discutido do “outro lado”, sobre as especificidades restantes da privacidade em si, e quais suas potencialidades de emancipação. Cohen toma o debate, assim, pela chave da “política de identidade”, oferecendo uma redescrição dos direitos à privacidade para teorizar uma política de identidade igualitária e democrática, tendo em mente as ambiguidades que discursos sobre privacidade podem trazer⁶⁷.

Assim como Fraser, considera a contribuição da esfera pública habermasiana imprescindível para o projeto teórico e político de democratização da sociedade, assim como os trabalhos subsequentes que repensam o domínio público. Porém, diz que

(...) o projeto de reconciliar universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvido no plano da esfera pública, mesmo que seja entendida como compreendendo públicos múltiplos e assumindo formas variadas em diferentes níveis da estrutura social (COHEN, 2012, pp. 168-169)

Portanto, assume a importância de esforços equivalentes para repensar a categoria do privado, como fora feito com o público. Isto é, vê-se a necessidade de proteções políticas e

⁶⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁷ COHEN, 2012, pp. 165-166.

legais da privacidade em prol de promover a participação pública e a construção e defesa de identidades únicas. Nesse sentido, Cohen procura conceber um conceito do privado em correlação às noções diferenciadas do público, que possa assegurar a proteção à autonomia e à pluralidade dos indivíduos, coisa que, diz ela, nenhuma combinação de públicos democráticos, sozinhos, podem alcançar⁶⁸. Exemplo maior disso, como cita, é o direito ao aborto concedido nos EUA como constitucionalmente amparado, um direito à privacidade – o que configura uma proteção pessoal à liberdade, neste caso, reprodutiva. Porém, menciona em seu argumento contestações à justificação do direito ao aborto como questão de privacidade, feitas por teóricas feministas e comunitaristas em oposição ao liberalismo. As primeiras, preocupadas em assegurar o direito ao aborto pela chave da igualdade ao invés da privacidade; e a segunda, contra uma concepção atomística e individuada de autonomia. Mas não será oportuno, aqui, discorrer sobre tais contestações propriamente ditas, já que o interesse se detém ao argumento de Cohen, em si, que será construído em resposta e oposição a esses argumentos. O mote dessa resposta está na categoria de “autonomia decisória” assegurada pela jurisprudência, que, ao contrário dos críticos, Cohen acredita ser diferente do “direito de ser deixado em paz”, configurando o direito de não ser submetido a regulação ou controle indevidos, ao invés da “vigilância”⁶⁹.

Nesse sentido, Cohen reafirma que o direito à privacidade protege a identidade de indivíduos e grupos, sem que assim se prescreva sua constituição, preservando a diversidade nas sociedades civis modernas. Dessa forma, se provém a participação igualitária a todos e quaisquer grupos nos espaços públicos da sociedade civil e política, dando poder ao povo para “em público, afirmar, proteger e desenvolver mais suas diferentes identidades individuais e coletivas”, isto é, protegendo as diferenças individuais, mesmo as que se desviam da “norma”. Assim, Cohen define tal aspecto da privacidade como “o direito de não ter as necessidades constitutivas de sua identidade violadas ou submetidas à interferência do Estado ou de terceiros sem que, para tanto, haja razões de fato inevitáveis”⁷⁰.

Para ela, tal caminho contribui com a democratização do espaço público, concordando com a tematização de uma “agenda aberta” no discurso público, que autoras como Fraser pregam em suas formulações, isto é, não sendo pré-definidas as questões que podem ser publicamente discutidas como públicas ou privadas. É no interior de um discurso público

⁶⁸ *Ibidem.*, p. 169.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 170-173.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 188-189.

generalizado, Cohen diz, “que se produz em última instância a determinação do que deve ou não ficar sob a capa protetora dos direitos de privacidade”. Mas em sua concepção normativa de privacidade, no sentido de um direito que garanta autonomia decisória, o sujeito não é obrigado a revelar seus motivos pessoais para escolhas éticas ou aceitar razões e julgamentos do grupo externo, diz, “a privacidade como autonomia decisória libera o indivíduo da pressão para adotar, como suas próprias, as razões que ‘todo mundo’ aceita”, tendo a liberdade de retirar ou não do escrutínio e controle públicos certas questões pessoais⁷¹.

Portanto, os esforços de Cohen estão em provar que uma manutenção e aproveitamento da esfera da privacidade, assegurada por direitos, não é o que os críticos chamam de individuação atomística e afins, mas, do contrário, uma forma de zelar pelas nossas singularidades, para trazê-las a público ao fim. Isto é, por meio da autonomia decisória, se concede ao indivíduo o reconhecimento legal de sua competência ética a respeito de suas auto-definições e decisões. Não seria diferente, então, a construção do reconhecimento *mútuo* e social em conferir individualidade à identidade de alguém, vale dizer, por meio dessas mesmas fronteiras pessoais *intersubjetivamente* reconhecidas⁷². Aqui, Cohen vai de forte acordo com Habermas, bem como na continuidade e aprimoramento de seu argumento, no sentido da própria citação que traz no início de seu texto: “Uma autonomia privada bem protegida contribui para assegurar a geração de autonomia pública tanto quanto, reciprocamente, o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a garantir a gênese da autonomia privada”⁷³.

Ante todo o argumento exposto, Cohen demonstra também como incorporar implicações do significado normativo dos direitos à privacidade na questão do direito ao aborto às mulheres, asseguradores da autonomia decisória. Trata-se de, ao contrário de uma interpretação individualista-possessivo ou voluntarista, uma elaboração da noção de individualidade como sendo situada, interativa e incorporada – isto é, traz-se a questão do corpo à discussão da identidade⁷⁴. Para ela, “nossas individualidades e identidades estão intrinsecamente implicadas em nossos corpos e no que fazemos deles – pois são o nosso modo de ser no mundo”⁷⁵; e o que está em jogo sobre o aborto é então a individualidade e a identidade da mulher, sendo um interesse pela liberdade que é íntimo e fundamental, merecedor de proteção. Logo, impor uma gravidez indesejada a uma mulher seria impor-lhe uma identidade,

⁷¹ *Ibidem*, p. 190-191.

⁷² *Ibidem*, p. 193-194.

⁷³ HABERMAS. Paradigms of law, 1996. *Apud Ibidem*, p. 165.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 195.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 195.

no caso, de mulher grávida e mãe. Nas leis que criminalizam o aborto, estão em risco sua integridade corporal, física e emocional, bem como a inviolabilidade de sua personalidade, que estão inter-relacionadas, já que a gravidez “constitui uma mudança fundamental em sua personificação, nos planos físico, emocional e simbólico e, portanto, em sua identidade e sentimento de individualidade”⁷⁶. Em síntese,

Afirmar a importância da integridade corporal para a análise da privacidade não é retomar o paradigma da propriedade ou reivindicar um direito absoluto a fazer com o próprio corpo o que se queira. É antes afirmar que a integridade corporal é central para a identidade do indivíduo e deve ser protegida como fundamental pelos direitos à privacidade, só podendo ser desconsiderada se um interesse estatal realmente de força maior, inescapável, estiver em risco. (COHEN, 2012, p. 197)

Portanto, para uma concepção de liberdade, calcada na autonomia ética, a inviolabilidade da personalidade e o controle sobre o próprio corpo seriam cruciais, compondo seus processos individuais de formação da identidade, que “constituem o cerne do que o direito à privacidade pessoal protege ou deveria proteger”⁷⁷.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 196.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 198.

SEÇÃO II – Análise das decisões judiciais sobre o direito ao aborto no Brasil

CAPÍTULO 4. DAS DECISÕES JUDICIAIS E DA CORTE CONSTITUCIONAL

Agora voltemo-nos à dimesão prática deste trabalho, à análise do objeto aqui proposto: o direito ao aborto no Brasil e suas tramitações, aqui representados pelo recorte das duas descisões judiciais do STF, no que concerne a (i) a alteração do que está disposto no Código Penal (CP) sobre o assunto, com a ADPF 54; e (ii) ao HC 124.306 que, com grande ênfase, é acessado pela via da argumentação em prol do direito da mulher, antes de qualquer outra razão, de modo geral, iniciando a discussão da viabilidade de interrupção da gravidez no primeiro trimestre.

Como já sustentado durante a introdução deste trabalho, a escolha dessas decisões vão de conformidade com sua origem, sendo ambas tratadas pela mesma Corte Constitucional, aqui preferida pois configura a mais alta instância do poder judiciário brasileiro que, em um dos casos, possibilita a única mudança no CP posta em vigor desde 1940, em 2012, precedendo quaisquer alterações advindas de projetos de lei (ainda que sejam muitos os concebidos durante esse período, mas nenhum vigorou e nem fora efetivado, logo não serão aqui alvo de análise). Por isso, aqui, o apelo à juridificação da questão. Já que, em vias empíricas, fora o meio pelo qual a legislação penal brasileira se modificou, no espaço de 72 anos. A mesma Corte que, anos depois, vem a emanar o debate pela chave do direito de escolha e autonomia, o que causa grande potencial de precedente.

Porém, já discorrido todo o debate teórico aqui suscitado, não será uma preocupação maior o acesso a esse debate seguindo à risca determinações propriamente jurídicas. Isto é, a análise proposta vai muito mais em vias de contextualizar os assuntos tratados e encaixá-los nas contribuições teóricas dos autores explanados anteriormente, sem que se faça, propriamente, uma discussão aprofundada em termos jurídicos por excelência. Os esforços estão contidos em alinhar os parâmetros gerais de ambas as decisões, representadas pelos seus votos, para que questionamentos preliminares sejam emanados, conforme as limitações deste trabalho. A seguir, apresentamos as características gerais de cada caso.

4.1 A ADPF 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), requerida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), tendo o ministro Marco Aurélio como relator, conclui, por maioria dos votos, que “mostra-se inconstitucional interpretação de

a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”⁷⁸, no que o acórdão inicia-se com a pauta de Estado laico.

Os ministros que votaram (i) **em concordância** com o descumprimento foram: Carlos Ayres Britto; Rosa Weber; Cármen Lúcia; Luiz Fux; Joaquim Barbosa; Marco Aurélio; Gilmar Mendes; e Celso de Mello. Votaram (ii) **em discordância**: Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso⁷⁹.

A seguir, reconstruímos os respectivos votos em duas divisões: a primeira, entre aqueles cujo voto foi “sim”, e entre aqueles cujo voto foi “não”. Internamente a essa divisão, faremos o recorte de alguns assuntos específicos, abordados *ou não* em cada voto, em vistas de posteriormente encaixá-los à análise teórica, indo de acordo com as questões discutidas pelos autores aqui utilizados. Para tanto, sigo alguns dos mesmos passos realizados no trabalho de Marchiori⁸⁰, em que se fez um mapeamento e divisões astutas da íntegra da decisão, facilitando a visualização dos votos em distintos parâmetros. Ou seja, irei utilizar algumas das divisões concebidas pela autora em seu trabalho.

Apesar de o debate dos votos ter sido significativamente calcado em termos de direito à vida, conceito de vida biológica e jurídica, vida intra e extrauterina, saúde e afins, a discussão nesses termos se demonstra residual para a análise pretendida e à interlocução com o debate teórico, portanto, assim justifico a exclusão de outros assuntos que não os citados.

Sendo assim, os recortes de temas abordados serão: **a)** Legitimidade do STF em julgar o caso e abertura de precedente; **b)** Direito da mulher em decidir; **c)** Liberdade e autonomia; e **d)** Privacidade e intimidade.

4.1.1 Dos votos em concordância ao descumprimento

a) Legitimidade do STF em julgar o caso e abertura de precedente⁸¹

i. Marco Aurélio, ministro relator: Julga legítimo o julgo do caso ser executado pela Corte, já que, para ele compete ao STF “proteger o exercício pleno da liberdade de escolha, a vida e a saúde, física e psicológica, da gestante”; e não demonstrou preocupação com o potencial de abertura de precedente em sua decisão.

⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2012, p. 1.

⁷⁹ Conforme tabela 2 de OLIVEIRA, 2018, p. 75.

⁸⁰ *Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente* (2012)

⁸¹ Todas as citações dessa divisão estão localizadas em *Ibidem*, p. 101-102

ii. Gilmar Mendes: Considera o STF legítimo para tal julgamento, “em consonância com sua jurisprudência progressiva, [o STF] pode proferir decisões manipulativas de aditivos, atuando como ‘legislador positivo’”, conforme a necessidade de atualização do CP. Ao contrário do relator, preocupa-se com a abertura de precedente, de forma negativa e cautelosa, já que o tema do aborto trata-se de “desacordo moral”, já alegando que as ponderações feitas em seu voto “não devem ser entendidas a quaisquer outras hipóteses de aborto” que não o do caso julgado.

iii. Luiz Fux: Considera o STF legítimo, já que “adequa o ordenamento jurídico às necessidades que se apresentam na realidade social”, porém, em vista do dissenso moral sobre a matéria, “exige-se uma postura minimalista do judiciário no julgamento”. E não tem preocupações com abertura de precedente.

iv. Carlos Ayres Britto: Há legitimidade, pois “os dispositivos questionados do CP são polissêmicos e aptos a ensejar controvérsia judicial, bem como afronta valores constitucionais”. Não tem preocupações com abertura de precedente.

v. Rosa Weber: Considera legítimo, dizendo que a Corte deve sim fazer interpretações conforme constituição, considerando a possibilidade de ponderação do caso, “dado que um lado é incerto (direito à vida do anencéfalo) e o outro é certo (direito das mulheres) e que perquirir a vontade do legislador não é boa técnica hermenêutica para o caso”. Não tem preocupações com abertura de precedente.

vi. Celso de Mello: Também o considera, em concordância de que a Corte pode ponderar entre a proteção de organismo intrauterino e a tutela dos direitos fundamentais da mulher. Se preocupa com abertura de precedente: “diz que não se está autorizando práticas abortivas”, sendo outra questão que poderá ser submetida à Corte em outro momento.

vii. Joaquim Barbosa: Considera legítimo. Se preocupa com a abertura de precedente, dizendo que “não se discute nos autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez, mas que o caso se refere especificamente a uma gravidez fadada ao fracasso, pois resultará na morte do feto”.

b) Direito da mulher em decidir⁸²

⁸² Todas as menções seguintes advêm de *Ibidem*, p. 95-97.

i. Marco Aurélio: Em primeiro momento, não cita os direitos da mulher em decidir, porém o faz indiretamente, considerando que haja ponderação entre o suposto direito à vida do anencéfalo e da mulher, sendo que os últimos devem prevalecer.

ii. Gilmar Mendes: Não considera direito de decisão da mulher, afirmando que não haja ponderação de princípios.

iii. Luiz Fux: Argumenta pelos direitos da mulher, mas não de decisão, apenas de saúde física e psíquica e à dignidade humana.

iv. Carlos Ayres Britto: Não cita direitos em razão de decidir, porém os defende em outra interpretação possível.

v. Rosa Weber: Os cita, mas não se trata de sua principal fundamentação.

vi. Celso de Mello: Os cita.

vii. Joaquim Barbosa: Os cita.

c) Liberdade e autonomia

i. Marco Aurélio: Diz que “obrigar mulher a manter gestação de feto que não será uma pessoa significa o Estado se intrometer em seu direito de tomar decisões sobre seu próprio corpo”.

ii. Gilmar Mendes: Diz que “a interpretação em abrir nova excludente é consentânea com a proteção à autonomia da vontade da mulher”.

iii. Luiz Fux: Não discute direitos à liberdade e autonomia de escolha.

iv. Carlos Ayres Britto: Diz que “decisão da mulher é inviolável e sagrada”.

v. Rosa Weber: Diz que “uma ponderação conduz à preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante”.

vi. Celso de Mello: Diz que, em razão de seus direitos reprodutivos e autonomia de escolha, “se não há vida a ser protegida nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante”.

vii. Joaquim Barbosa: Diz que o “ser humano como agente moral e racional, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, livre para guiar-se de acordo com tais escolhas, desde que

não perturbem direitos alheios ou outros valores relevantes. Escolhas que cabem a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição”.

d) Privacidade e intimidade

i. Marco Aurélio: “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”.

ii. Gilmar Mendes: “A interpretação em abrir nova excludente é consentânea com a proteção de seu direito à privacidade e intimidade”.

iii. Luiz Fux: Não discute.

iv. Carlos Ayres Britto: Não discute.

v. Rosa Weber: “uma ponderação conduz à preservação da autonomia, da dignidade, da liberdade reprodutiva e do direito de escolha da gestante”.

vi. Celso de Mello: “A mulher, apoiada em razões fundadas em seus direitos reprodutivos, e protegida pelos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto nos casos de comprovada má formação fetal por anencefalia”.

vii. Joaquim Barbosa: Os cita, porém como direito em ponderação aos direitos das mulheres em oposição à vida extrauterina inviável.

4.1.2 Dos votos em discordância ao descumprimento

a) Legitimidade do STF em julgar o caso e abertura de precedente

i. Ricardo Lewandowski: não considera o STF legítimo para julgar o caso, somente podendo exercer o papel de legislador negativo, em que não se pode “afrontar a expressão literal da lei; contrariar ou substituir-se à vontade manifesta do legislador”. E tem preocupação com o caso de precedente, dizendo que “uma decisão favorável ao aborto de anencéfalos teria o condão de tornar lícito o aborto de qualquer embrião com pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina”.

ii. Cezar Peluso: considera a Corte ilegítima para julgar, dizendo que cabe apenas ao legislador “instituir excludentes de punibilidade”. Tem preocupação com abertura de precedente, “em razão da dificuldade de se apurar com certeza se se trata de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante”, e também se preocupa com suposta semelhança à eutanásia.

b) Direito da mulher em decidir

i. Ricardo Lewandowski: Não menciona o direito da mulher em decidir.

ii. Cezar Peluso: Não menciona o direito da mulher em decidir.

c) Liberdade e autonomia

i. Ricardo Lewandowski: Não discute questões do direito à liberdade e autonomia de escolha.

ii. Cezar Peluso: Diz que “Não há que se falar em liberdade pessoal quando da prática de crime. A opção pelo aborto é atitude egocêntrica, pois sugere prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia”.

d) Privacidade e intimidade

i. Ricardo Lewandowski: Não discute os direitos à privacidade e intimidade.

ii. Cezar Peluso: Não discute.

* * *

Em síntese, após exposto esse breve panorama do recorte dos votos, é possível identificar algumas tendências: todos os votos a favor do descumprimento, isto é, da isenção de punibilidade à interrupção da gravidez de anencéfalo, julgam a Corte como sendo legítima a tratar do caso, colocando-a em papel de “legislador positivo”. Ambos os votos contrários, por sua vez, consideraram a Corte ilegítima, sendo “legislador negativo” do caso. Porém, suas motivações a serem contrários não param por aí: é explícito o não reconhecimento dos direitos da mulher, seja de escolha, de liberdade, autonomia e reprodutivos, sequer mencionados por eles, mas até abertamente negligenciados.

Porém, mesmo os favoráveis, em sua maioria, que até alegam o reconhecimento dos devidos direitos da mulher, preocupam-se com a abertura de caso precedente, afirmando com veemência que seus argumentos não estão favoráveis a quaisquer outros tipos de interrupção de gravidez, apenas limitando-se ao caso julgado. Portanto, são cautelosos em se restringir ao caso da anencefalia, colocando em voga como questão de primeira-ordem, portanto, a inviabilidade da vida extrauterina; e não os direitos da mulher em decidir interromper a gravidez em si.

4.2 O HC 124.306

Decisão tomada por unanimidade entre os ministros da primeira turma do STF, o *Habeas Corpus* (HC) 124.306 tratou de uma prisão preventiva a mulher e médico que realizaram aborto “clandestino”, sendo um litígio que subiu à última instância por suposta ausência de requisitos para decretação de pena, considerado irregular pela defesa. Todos os ministros votaram como improcedente o cumprimento da pena, sendo eles: Marco Aurélio (relator), Luiz Fux, Luiz Edson Facchin, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. A seção contou com o voto-vista desse último ministro, cujos votos de Facchin e Weber o acompanharam integralmente. Dotado de suma importância e extraordinariedade argumentativa, é ao voto-vista do ministro Barroso a que iremos nos debruçar neste trabalho, já que abarca, positivamente, as divisões aqui elencadas na seção anterior. Segundo Oliveira, o voto do ministro “enfoca a ‘Violação ao princípio da proporcionalidade’ e, pela primeira vez, a ‘Violação a direitos fundamentais das mulheres’ por conta da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação”⁸³.

Para além das questões exclusivamente penais, sobre a irregularidade da prisão preventiva, foquemos no segundo argumento desenvolvido pelo ministro, que trata do caso de aborto consentido até o primeiro trimestre de gestação. Em conformidade com os argumentos da decisão anterior, Barroso considera a legitimidade da Corte em julgar tal caso, dizendo que a ela cabe “a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa”⁸⁴, acatando o papel de legislador positivo.

Nisso, o ministro elenca os direitos em jogo, seguidos de sua interpretação, sendo eles: **a)** Violação da autonomia da mulher; **b)** Violação do direito à integridade física e psíquica; **c)** Violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; **d)** Violação da igualdade de gênero; e **e)** Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres⁸⁵.

Os dois primeiros argumentos são versados conforme a Constituição Federal de 1988: **a)** no que o artigo primeiro protege os princípios de dignidade humana e autodeterminação do indivíduo, isto é, vê-se a autonomia da mulher como pertencente ao núcleo das liberdades individuais e ao direito à privacidade e à decisão. E **b)** ao artigo quinto, que protege a

⁸³ OLIVEIRA, 2018, p. 88.

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 12 *apud Ibidem*, p. 89.

⁸⁵ *Idem Op cit.*, p. 90-91.

integridade psicofísica, em que a continuidade de uma gravidez indesejada lesa o corpo da mulher, assim como com sua psique.

Quanto a **c)**, o ministro argumenta pelos direitos sexuais e reprodutivos da mulher como sendo reconhecido internacionalmente como um direito humano imprescindível à autodeterminação. E **d)**, no que concerne às desigualdades e injustiças históricas às mulheres, sendo a coerção à gravidez uma forma de institucionalização dessas desigualdades. Ao fim, também cita **e)**, referindo-se ao fato de que mulheres pobres não possuem o mesmo acesso a abortos seguros do que mulheres ricas, aumentando o risco à vida. E fecha com o argumento de que, como em outras legislações no mundo, o aborto até o primeiro trimestre de gestação seria defensável, argumentando que, durante esse período, não há sequer sentimentos e racionalidade, já que o córtex não fora formado, ainda não havendo potencialidade de vida extrauterina⁸⁶.

* * *

É de se concluir, assim, que tal decisão, representada pelo voto-vista mencionado, abarca os mesmos fatores da decisão anterior, conforme os votantes favoráveis à ADPF. Porém, a diferença está em que, pela primeira vez, foi explicitada a preocupação primeira à mulher enquanto sujeito do problema em questão, assim como aos seus direitos, sobretudo de liberdade de escolha e autodeterminação, colocados como questão de primeira-ordem. E, também, enfrentado de forma amplamente explícita o potencial de precedente do caso, vale dizer, pela aberta menção do ministro às implicações de se punir o aborto até o primeiro trimestre de gestação – coisa sobre a qual nenhum dos votos anteriores versou implícita ou explicitamente. Do contrário, estes só puderam votar com muita cautela em não gerar precedente e somente em razões de saúde e de potencialidade de vida do feto.

⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *Op cit*, p. 27 *apud Ibidem*, p. 91.

CAPÍTULO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ENTRELAÇAMENTO TEÓRICO

Fechemos, agora, com a etapa final a que nos propomos: chamarei aqui de o “entrelaçamento teórico”. Isto é, acoplados todos os passos traçados até aqui, será o momento em que ambas as seções construídas se entrelaçam. Recapitularei brevemente as contribuições mais importantes de cada autor explanado para a linha argumentativa deste trabalho para, depois, alinhá-las às divisões propostas na reconstrução das decisões judiciais feita anteriormente. Desse modo, cada autor responderá, hipoteticamente, a uma questão semelhante às tratadas anteriormente pelos ministros nos votos, auxiliando a suscitar uma resposta a nosso questionamento inicial: há justiça, no Estado de direito brasileiro, no que tange ao direito ao aborto?

5.1 Habermas, facticidade, validade e a legitimidade da Corte Constitucional

Como fundamentador-chave da argumentação aqui construída, Habermas nos auxilia a responder a primeira questão colocada em jogo pelos casos aqui apreendidos de decisão judicial. Seria a Corte Constitucional o local legítimo para julgar o direito à interrupção voluntária da gravidez? Podemos apropriar-nos do enfático uso do direito como mediador de questões entre sociedade e Estado em Direito e Democracia para responder a essa questão, tão preocupante para os ministros citados anteriormente, seja em reconhecer ou não a legitimidade da Corte.

Por si só, o problema que o livro emana de início, sobre a tensão entre facticidade e validade no direito, pode compreender um questionamento como esse. No “limite”, mesmo com suas imperfeições institucionais, as decisões sobre interrupção da gravidez no STF nada mais podem ser que a *institucionalização legal* de uma formação discursiva de opinião política e de vontades advindas da esfera pública. Grosso modo, são pautas advindas do mundo da vida, que adentram o sistema por meio de influxos comunicativos pertimidos assim pela ordem legal.

Em síntese, no âmbito dos sistemas de direitos, há soluções ao problema de dissenso das sociedades modernas e plurais, no sentido de que posicionar a força coercitiva do direito alinhada às liberdades individuais de se legitimar tal ordem pelos próprios concernidos. Assim, como exposto anteriormente, o cerne do direito moderno consiste no advento dos direitos privados, que marcam o escopo legítimo das liberdades individuais e da busca estratégica por interesses. Isso não seria diferente, então, nas formas de *juridificação* das pautas que concernem cidadania

e inclusão, podendo ser ela uma aliada às demandas por direitos pelas mobilizações políticas da população, incluindo novos tipos de direitos civis⁸⁷. É o caso, evidentemente, de ambos os casos citados aqui, principalmente da ADPF 54, que acaba por alterar uma legislação e, indiretamente, conferir um direito.

Sendo “duas coisas ao mesmo tempo”, o direito, para Habermas, é então um sistema de conhecimento e um sistema de ação, em que, como exposto, motivações e orientações de valor estão entrelaçados e suas normas legais têm efeito efetivo na ação, da forma que julgos morais não têm. E, pela perspectiva da teoria do agir comunicativo, é possível dizer que o subsistema do direito pertence ao componente societário do mundo da vida, enquanto uma ordem reflexiva legítima. Ele se reproduz junto às estruturas da personalidade e da cultura, por meio do fluxo de ações comunicativas; e, também, as ações legais contituem o meio pelo qual as instituições de direito se reproduzem por via de tradições legais compartilhadas, interpretando e observando as regras legais⁸⁸. Isso pode demonstrar, novamente, como a linguagem do direito se distingue da comunicação moral, que é restrita ao mundo da vida, na medida em que funciona como transformadora da comunicação que cirula entre sistema e mundo da vida, constituindo-se intersubjetivamente pela comunicação e pelas instituições.

Assim, interpretando e concebendo o direito tal qual feito aqui por Habermas, é considerável sua importância nas tramitações das sociedades civis e políticas, bem como na manutenção de cidadania e inclusão. Mesmo que ainda se preocupe com o problema do “privatismo cívico”, em que cidadãos transformam-se em clientes do Estado de modo paternalista, o direito, em forma de juridificação, pode ser visto como uma ordem reflexiva legítima. Para além de um sistema de conhecimento, de ordens legais, é um sistema de ação que incumbe demandas dos influxos da ação comunicativa. Portanto, de modo geral, a Corte Constitucional pode e, em casos como o analisado aqui, deve exercer o papel de “legislador positivo”.

5.2 Cohen e a intimidade institucionalmente assegurada

De encontro a Habermas nas concepções público e privada da autonomia, Cohen empreende, como vimos, uma discussão direta à questão do direito ao aborto. Para ela, a melhor justificação para o direito ao aborto irrestrito é aquela acessada pela chave da *privacidade*. Não seria, em primeiro lugar, uma questão de igualdade, tampouco de comunidade, mas, antes, para

⁸⁷ HABERMAS, 1996, Cap. II.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 80-81.

que se assegure tudo isso, a autonomia decisória do indivíduo é necessária. Fala-se sobre direitos à privacidade *constitucionalmente assegurados*. Para ela, a legitimidade da Corte em julgar já estaria dada. A questão, aqui, é o acesso e o modo de justificação em conceder o direito à interrupção da gravidez.

São citados, dentre os votantes favoráveis à ADPF 54, a questão dos direitos à privacidade e à intimidade, porém, não são fontes justificadoras dos votos, uma vez que os mesmos ministros têm cautela sobre a abertura de caso precedente e colocam sua posição contrária a quaisquer outras formas de abortamento que não o de feto anencéfalo. Do contrário, o voto-vista do ministro Barroso, no HC 124.306 emana, explicitamente, tais questões como problemas principais a serem enfrentados no caso julgado; sendo o único caso que iria, substantivamente, de acordo com a argumentação da teoria de Cohen.

Isto é, estão no cerne de seu projeto teórico as preocupações com uma forma apropriada de juridificação no domínio da intimidade⁸⁹. Nesse sentido, Cohen se empenha na construção de um paradigma *reflexivo* do direito, que permite repensar problemas nesse domínio. Para ela, “o paradigma reflexivo leva a um novo entendimento da regulação legal e das relações sociedade/Estado, permitindo que se veja como a regulação do Estado pode promover a autonomia e reconhecer a pluralidade enquanto ainda satisfaz demandas por justiça”⁹⁰. Isto é, ao contrário do direito material, a regulação reflexiva “não envolve ditar resultados substantivos particulares”⁹¹, e o uso do conceito de privacidade pela Corte, ela enfatiza, não seria impreciso, mas é uma forma estratégica de estabelecer direitos como à autonomia sexual, por exemplo.

Ainda ecoando a teoria habermasiana, Cohen denota que a articulação da Suprema Corte ou do Congresso, dos direitos individuais no que tange à intimidade, sendo protegidos pela Constituição “podem ser construídos como uma forma de juridificação que alterna o poder regulatório de um nível (Estados) a outro (Cortes, legisladores)”⁹². Nesse sentido, a argumentação da autora pode ir de acordo com a *forma* com que a interrupção da gravidez, de modo geral, fora abordada por essas duas decisões, sendo formas de alternância de poder, com vistas a assegurar um direito constitucionalmente, por meio da Corte. Porém, o *argumento* envolvido não convence. Com exceção ao voto-vista de Barroso, os demais argumentos, nas demais decisões existentes, não sustentam o direito à privacidade e à intimidade, como já visto

⁸⁹ COHEN, 2004, p. 1.

⁹⁰ Tradução livre. *Ibidem*, p.4.

⁹¹ *Ibidem*, p. 5.

⁹² *Ibidem*, p. 11.

na ADPF. Nem tampouco entrariam na chave dos argumentos a que Cohen tenta rebater, os de igualdade e comunidade⁹³. No Brasil, o debate por via dos direitos da mulher e da autonomia decisória ainda é um debate *in utero*, tanto quanto no que diz respeito à mera igualdade entre os gêneros como forma de justiça. O único “ganho” nesse contexto, numa perspectiva coheniana, por assim dizer, é o apelo à Corte. Ou seja, a ambígua juridificação: uma ferramenta estratégica na obtenção e manutenção de direitos, ou o fardo do legislador negativo? Deixo a questão, por ora, em aberto.

5.3 Fraser, paridade de participação e justiça: uma conclusão?

Fraser é a autora que nos traz rumo ao veredito final. Porém, ainda, com uma questão: teremos uma conclusão? Discorramos sobre. Seu debate robusto sobre reconhecimento e paridade de participação, enquanto critérios e substância de justiça, é que nos leva a uma potencial conclusão para o questionamento fundador deste trabalho. E, para além de uma resposta, nos auxilia em suscitar um diagnóstico e um prognóstico da realidade presente, de acordo com as teorias consideradas críticas⁹⁴.

Em termos de se considerar a efetivação do reconhecimento designado às mulheres (ou a quaisquer pessoas que possam engravidar), o Estado de direito brasileiro não cumpre com os critérios normativos de justiça, tais quais explanados aqui anteriormente. Pressupondo que redistribuição já seja um ponto conflituoso por si só, pensemos aqui somente em termos de reconhecimento das diferenças: à mulher, não lhe é concedido, por parte do Estado, o direito de decidir se deseja ou não engravidar. Ao homem, não lhe incumbe essa questão, pois não é uma particularidade que está em jogo. Nisso, o reconhecimento da diferença, aquela de poder engravidar, não é cumprido em detrimento da norma de paridade de participação entre os gêneros. Ou seja, não há paridade de participação, mas sim subordinação de um grupo em detrimento de outro. As decisões aqui tratadas se vêem conflituosas, como mencionado em relação aos outros autores. Grosso modo, seriam avanços, tal como mais um caso de exceção de pena no Código Penal, com a ADPF. Porém, em substância, exceto por alguns argumentos do voto-vista do HC, não proferem justiça à *mullher*, mas à sorte do feto, ou do mero acaso. Tal é o diagnóstico.

As decisões judiciais aqui citadas configuram um ponto visível e concluído de progresso, ainda que pequeno, pensando nos termos de Cohen, em assegurar direitos de forma

⁹³ *Ibidem*, Cap I.

⁹⁴ FRASER, 1995.

constitucional, sobretudo em abrir precedentes para novos casos. Isto é, não deixa de ser um potencial de emancipação, ainda que imperfeito, encontrado na realidade presente e em trâmite, realizando mudanças institucionais. Porém, pelas vias em que o debate é acessado, tratado e justificado, a emancipação não se sustenta, ao menos em forma de justiça social e de gênero. A única mudança no Código Penal sobre o aborto, em 72 anos, *não* fora concluída com argumentos progressistas utilizados como mote: detalhe importante para se substituir os padrões institucionais de valoração cultural empregados na sociedade em questão. Todas as circunstâncias, agentes, detalhes e características dos casos submetidos à justiça se colocam numa posição vulnerável. Isto é, nos discursos de e sobre justiça,

Como, em um dado caso, deveria alguém determinar a gramática pertinente para se refletir a justiça? Por quais critérios ou procedimento de decisão alguém deveria resolver as disputas sobre “o que” e “quem” [se aborda nas decisões sobre justiça]? (FRASER, 2010, p. 54)⁹⁵

O vislumbre de emancipação, portanto, está nas discussões e ações vindouras, em que as pautas só tomarão forma de assuntos institucionais após concebidas em esferas discursivas subalternas, subindo à esfera pública oficial, como à Corte, em forma de juridificação, por exemplo: vide a audiência pública da ADPF 442⁹⁶ ocorrida em 2018, iniciando a discussão do direito ao aborto irrestrito, conforme versado pelo ministro Barroso no HC. Porém, antes de tomar tais rédeas institucionais, seja em termos de Corte ou Congresso, há muito que ocorrer em termos agitacionais da sociedade civil, em vias de ação e movimentação social rumo à transformação da cultura política do país. Tal é o prognóstico.

Vamos?!

⁹⁵ Tradução livre.

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência pública. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>> Acesso em 11 de novembro de 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. **Código penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 novembro 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 novembro 2019.

COHEN, Jean. **Critical Social Theory and Feminist Critiques: The Debate with Jürgen Habermas**. In: *Feminists Read Habermas: gendering the subject of discourse*. Edit: M. Johanna Meehan. Routledge: New York, 1995.

_____. **Regulating Intimacy: A new legal paradigm**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

_____. **Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto**. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº7. Brasília, janeiro - abril de 2012, pp. 165-203.

CYFER, Ingrid. **Autonomia individual e cidadania: as duas faces do direito ao aborto**. In: *Direito à diversidade*, p. 191-205. Coord: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S. - São Paulo: Atlas, 2015.

FRASER, Nancy. **Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação**. In: *Revista Estudos Feministas*, vol.15, n.2, pp.291-308. 2007

_____. *Recognition without ethics?* In: *Theory, Culture & Society* (SAGE, London, Thousand Oaks and New Delhi), Vol. 18(2–3): pp. 21–42, 2001.

_____. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. In: *Social Text*, No. 25/26, pp. 56-80. Duke University Press: 1990.

_____. *Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.

_____. **What's critical about critical theory?**. In: *Feminists Read Habermas: gendering the subject of discourse*. Edit: M. Johanna Meehan. Routledge: New York. pp. 21-47, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. New Baskerville: MIT Press, 1996.

MARCHIORI, Carolina Milani. **Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente**. (Monografia) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2012.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____; TERRA, R. **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Mônica Conceição da Cunha. **Liberdade e Razão Pública: Uma análise normaiva do caso da interrupção voluntária no STF**. (Dissertação) – Universidade Federal de São Paulo – EFLCH. Guarulhos, 2018.

SANTOS, Rayani Mariano. **O debate parlamentar sobre o aborto no Brasil: Atores, posições e argumentos**. (Dissertação) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - 54**. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=adpf%2054&processo=54>>. Acesso em: 10 novembro 2019.

_____. **Habeas Corpus n. 124.306 / RJ**. 2016. Disponível em:

<www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 10 novembro 2019.

_____. **Audiência pública da ADPF 442**. 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>> Acesso em: 11 de novembro de 2019.